

UNIVERSIDAD DE CUENCA



FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES

ESCUELA DE DERECHO

“INFRACCIÓN DEL DEBER DE CUIDADO EN LA ACTIVIDAD MÉDICA”

Monografía previa a la obtención del Título de Abogada de los Tribunales de Justicia de la República del Ecuador y Licenciada en Ciencias Políticas y Sociales.

AUTORA: Daniela Estefanía Aguirre Salamea

DIRECTOR: Dr. Simón Bolívar Valdivieso Vintimilla

Diciembre - 2015



RESUMEN

El presente trabajo de investigación tiene por objeto determinar cuando se infringe el deber objetivo de cuidado, y especialmente cuando esta violación acarrea una responsabilidad penal en el área médica, que como bien sabemos, por la naturaleza misma de la actividad el médico está propenso a que exista una confusión respecto de la existencia de esta infracción penal; pues para determinar la responsabilidad del médico no es necesario únicamente la producción de un resultado lesivo, ya sea la muerte o lesiones en el paciente, sino la existencia del nexo causal entre el resultado penado por la ley y la conducta negligente, imprudente, imperita, etc, del médico; violatoria del deber objetivo de cuidado.

PALABRAS CLAVE:

Deber Objetivo de Cuidado, Mala Práctica, Actividad médica, responsabilidad penal, pacientes.



ABSTRACT

This research intends to determine when the objective duty of care is violated, especially when this violation results in criminal liability within medical field; which as we know by the very nature of the activity, doctors are prone to confusion about the existence of this criminal liability.

As to determine the responsibility of doctors is not only necessary the production of a harmful result, either death or injuries to the patient, but is also necessary the existence of a causal link between the result punishable under criminal law and the negligent, imprudent, reckless behavior of doctors; in conclusion the actions that violate the objective duty of care.

KEYWORDS:

Objective Duty of Care, Malpractice, Medical Activity, Criminal Liability, Patients.



INDICE

RESUMEN.....	2
ABSTRACT	3
INDICE	4
CLÁUSULA DE DERECHOS DE AUTOR.....	6
CLAUSULA DE PROPIEDAD INTELECTUAL	7
DEDICATORIA	8
AGRADECIMIENTO	9
INTRODUCCIÓN.....	10
CAPITULO I: LA ACTIVIDAD MÉDICA Y LA RESPONSABILIDAD DEL PROFESIONAL DE LA SALUD	13
1.1 Datos Históricos	13
1.2 Mala Práctica Médica	14
1.3 Deberes generales del médico	15
1.4.- El Diagnóstico	19
1.5 El Tratamiento	21
1.6 El Consentimiento	23
CAPITULO II: EL DEBER OBJETIVO DE CUIDADO.....	26
2.1 Concepto.....	26
2. 2 Características según el grupo profesional.....	29
2.3 Imprudencia	32
2.4 Negligencia	33
2.5 Impericia.....	35
2.6 Inobservancia de los reglamentos	37
2.7 Lex Artis	39
CAPITULO III: EL DEBER OBJETIVO DE CUIDADO. ARTÍCULO 146 DEL C.O.I.P..	42
3.1 Análisis del tipo penal.....	42



3.2 Penas establecidas	48
3.3 Riesgo Permitido	56
3.4 Imputación Objetiva.....	58
CONCLUSIONES	63
BIBLIOGRAFIA.....	66



CLÁUSULA DE DERECHOS DE AUTOR



Universidad de Cuenca
Clausula de derechos de autor

Daniela Estefanía Aguirre Salamea, autora de la monografía titulada **"INFRACCIÓN DEL DEBER DE CUIDADO EN LA ACTIVIDAD MÉDICA"**, reconozco y acepto el derecho de la Universidad de Cuenca, en base al Art 5, literal c) de su Reglamento de Propiedad Intelectual, de publicar este trabajo por cualquier medio conocido o por conocer, al ser este requisito para la obtención de mi título de Abogada de los Tribunales de Justicia de la República y Licenciada en Ciencias Políticas y Sociales. El uso que la Universidad de Cuenca hiciere de este trabajo, no implicará afección alguna de mis derechos morales o patrimoniales como autora.

Cuenca, diciembre de 2015

Daniela Estefanía Aguirre Salamea
C. C. 0105183016



CLAUSULA DE PROPIEDAD INTELECTUAL



Universidad de Cuenca
Clausula de propiedad intelectual

Daniela Estefanía Aguirre Salamea, autora de la monografía titulada **"INFRACCIÓN DEL DEBER DE CUIDADO EN LA ACTIVIDAD MÉDICA"**, certifico que todas las ideas, opiniones y contenidos expuestos en la presente investigación son de exclusiva responsabilidad de su autora.

Cuenca, diciembre de 2015

Daniela Estefanía Aguirre Salamea

C.C. 0105183016



DEDICATORIA

A mis padres Leonor y Raúl, por siempre brindarme su amor incondicional, y sobre todo apoyarme en todo momento, por estar a mi lado sobre todo para ayudarme a levantarme con más fuerza después de cada caída; por enseñarme valores y principios que constituyen algo esencial en las personas.

A mi hermana Fernanda por ser la mejor amiga que siempre ha estado a mi lado apoyándome y motivándome para siempre seguir adelante.

Para ustedes con todo mi amor.



AGRADECIMIENTO

Primeramente, agradezco a Dios, por mantenerme con vida, y por cada una de sus bendiciones que me permitieron acabar una nueva etapa en mi vida.

A mi Director de Monografía, Doctor Simón Valdivieso, por su dedicación, paciencia y esmero en todo el desarrollo de este trabajo.

A la Universidad de Cuenca y todos mis profesores, por ser quienes me han formado académicamente, y por todos los conocimientos y experiencias brindadas en las aulas de clase.

A mis compañeros y compañeras de aula, porque cada uno de ustedes de alguna manera ha contribuido para mi formación humana.

A todos ustedes mil gracias.

INTRODUCCIÓN

Es necesario partir indicando que el derecho a la salud está garantizado en nuestra Constitución, según los artículos 32, 362, 363 numerales 2,3 y 7, artículo 365; servicio que debe ser prestado de forma oportuna, con calidad y no puede ser negado a ningún ser humano, siendo así deber fundamental del Estado garantizar el cumplimiento adecuado de este servicio.

La norma penal no prohíbe al médico asumir riesgos, todo lo contrario, la actividad médica conlleva un riesgo implícito. El Derecho Penal actúa cuando en esa actividad médica se da una infracción al deber objetivo de cuidado; el mismo que al verificarse se encuentra sancionado por nuestra Legislación Penal como “homicidio culposo por mala práctica profesional”, u homicidio imprudente como lo llama gran parte de la Doctrina. El delito imprudente ha sido definido como “la acción peligrosa emprendida sin ánimo de lesionar el bien jurídico, pero que por falta de cuidado o diligencia debida, causa su efectiva lesión. Por ello, de las conductas penalmente relevantes, cometidas en el ejercicio de la actividad médica, no se puede predicar una intención de causar daño a un paciente y menos aún la de cometer un delito; es por esta razón que actuaciones de esta naturaleza se investigan bajo la modalidad del tipo culposo o no intencional” (Gómez de la Torre y otros, 205).

En la actividad médica se encuentra implícito lo que es conocido como riesgo permitido, que puede ser definido “como aquella exposición necesaria que el hombre moderno debe soportar por el simple hecho de vivir en una sociedad de cambio y avance” (Meza, 18), pues podría decirse que este tipo de riesgos no son punibles penalmente porque forman parte de la cotidianidad de la vida humana, y simplemente no podemos evitarlos, al respecto el Dr. Zambrano Pasquel manifiesta: “Si en toda manifestación social se hubieren de considerar todas las posibilidades y probabilidades desde el punto de vista cognitivo simplemente se paralizaría toda actividad de la sociedad desde la

(...)intervención quirúrgica por la posibilidad de que el paciente no soporte la operación o tenga problemas post operatorios” (Zambrano Pasquel, 5)

Respecto al tipo penal que nos ocupa, que no es otro que “El Homicidio Culposo por mala práctica profesional” conforme lo manifiesta el Dr. Alfonso Zambrano Pasquel “hay que tener presente que el núcleo central de la responsabilidad profesional por comportamiento culposo es la infracción al deber objetivo de cuidado”(Zambrano Pasquel, 1); que debemos saber que se traduce a lo que nuestro código penal anterior denominaba imprudencia, negligencia, impericia e inobservancia de leyes o reglamentos; y en lo referente de aquello debemos entender que “El autor debe realizar la conducta como lo haría una persona razonable y prudente puesta en el lugar del agente; de manera que si no obra con arreglo a esas exigencias infringirá el deber objetivo de cuidado, elemento con el que se aspira a que con la observancia de las exigencias de cuidado disminuya al máximo los riesgos para los bienes jurídicos con el ejercicio de las actividades peligrosas, que es conocido como el riesgo permitido” (Gavillan, 1).

Al respecto de la figura del “riesgo permitido”, existe la teoría de la imputación objetiva, que según ROXIN la imputación al tipo objetivo tiene que realizarse según dos principios relacionados entre sí: “a) Un resultado causado por el actor sólo debe ser imputado al tipo objetivo cuando la conducta del autor ha creado un peligro para el objeto de la acción no cubierto por el riesgo permitido, y ese peligro se ha realizado también en el resultado concreto...” (ROXIN, 91), y “b) Generalmente es imputable el resultado cuando constituye la realización de un peligro creado por el autor, de tal manera que se completa el tipo objetivo. Pero aun así puede excepcionalmente negarse la imputación cuando el radio de acción del tipo no incluye el impedir tales peligros y sus efectos... Resumiendo se puede decir, entonces, que la imputación al tipo objetivo presupone la realización de un riesgo creado por el autor, no cubierto por un riesgo permitido y que se encuentra dentro del radio de acción del tipo”(ROXIN,92)



Ahora bien, para establecer cuando la actividad médica se encuentra dentro del riesgo jurídicamente permitido es necesario consultar si ésta se desarrolló dentro del cumplimiento del deber objetivo de cuidado, y en el campo de la responsabilidad médica, este se establece a partir de la Lex Artis. Por ejemplo, es claro que cualquier intervención quirúrgica puede ocasionar riesgos para la vida o la salud del paciente, pero si el médico lo interviene observando la lex artis, y en consecuencia, el deber objetivo de cuidado, por el resultado fatal que eventualmente se llegase a presentar, no será responsable, ya que su actuación se encuentra dentro del campo de acción del riesgo permitido

Todos los conceptos brevemente explicados son asuntos de investigación del presente trabajo y serán desarrollados en el mismo, notando así que la complejidad de la actividad médica no sólo por el riesgo que conlleva sino por la naturaleza misma de la profesión, está principalmente expuesta a confundir su encasillamiento en el tipo penal; mas como lo he anotado, si dicha actividad se ha desarrollado con observancia del deber objetivo de cuidado, no existe responsabilidad penal.



CAPITULO I: LA ACTIVIDAD MÉDICA Y LA RESPONSABILIDAD DEL PROFESIONAL DE LA SALUD

1.1 Datos Históricos

En tiempos primitivos, las enfermedades se atribuían a castigos divinos; cumpliendo el papel de médicos los sacerdotes, shamanes o brujos, quienes consideraban que de no producirse una mejoría en el enfermo, representaba un castigo; por lo que no se les atribuía responsabilidad alguna, y el enfermo quedaba abandonado, pues debía cumplirse con la voluntad divina, es decir con el castigo impuesto por los dioses.

Los egipcios, otra cultura que realizó un interesante aporte de las ciencias a la humanidad, establecieron la pena de muerte a aquel médico que en el ejercicio de sus labores cometiere alguna falta en la vida de sus semejantes.

Así mismo el Código de Hammurabi establecía lo siguiente "Si un médico hizo una operación grave con el bisturí de bronce y lo ha hecho morir, o bien si lo operó de una catarata en el ojo y destruyó el ojo de este hombre, se cortarán sus manos" (Lara, 45), quedando además obligado al resarcimiento del daño causado por el profesional.

Durante el gobierno de Alejandro Magno, la responsabilidad para el médico fue agravada considerablemente, sancionándolo por haber abandonado culposamente a su enfermo con la crucifixión (Cillo, 34).

"En Roma se contaba con un cuerpo jurídico denominado "Lex Aquilia" o también conocida como la Lex Artis en la cual se fijaban reglas y pautas que debían seguirse para sancionar los errores médicos, estableciéndose de esta manera las sanciones. Las reglas antes mencionadas derivaban aproximadamente desde el año 467 (a.c.). Las aprobó Aquilio, llamándolas ley Aquilia" (Magallon, 60).

Los juicios originados en la presunta mala praxis médica tuvieron un mayor desarrollo cuantitativo, ya que una mínima cantidad de juicios se reconocieron en la primera mitad del siglo XX; pero el proceso de estos juicios fueron incrementando paulatinamente en la década de 1950. “En la década de 1970 se pudo verificar un fuerte aumento en demandas, por lo cual los médicos o los establecimientos determinados en el ejercicio de la salud, fueron demandados, específicamente por mala práctica médica” (Jaramillo, 7).

“La responsabilidad médica en materia de juzgamiento -desde principios de los 80 en adelante- transitó por los senderos del excesivo rigor a una gran laxitud. Así, en un principio, sólo se admitía la responsabilidad médica en casos de faltas graves, de evidentes y groseras faltas al arte de curar; más acá en el tiempo, numerosos fallos han decidido que la más leve culpa da lugar a la responsabilidad médica; pero, otros fallos, con mayor prudencia, han resuelto que el sentenciante no debe ser tan riguroso y exigente como para considerar que cualquier falla puede comprometer la responsabilidad del médico, ni tampoco debe aplicarse un criterio excesivamente restringido para juzgar su responsabilidad.” (Garay, 68).

Así es sólo que con el avance de la ciencia y la tecnología se ha previsto la sanción a los médicos de una forma que denota mayor proporcionalidad entre el daño causado y la sanción correspondiente.

1.2 Mala Práctica Médica

En sí la mala práctica médica está englobada en el ámbito de la mala práctica profesional, aplicable a todas las profesiones, pero de manera muy especial a la médica por la naturaleza de la misma. Según el Doctor Jaime Tamayo Martínez la mala práctica puede definirse como “un ejercicio errado o una práctica sin habilidad por parte de un médico u otro profesional, causando un daño en la salud o buen estado del paciente, rompiendo así la confianza depositada en el profesional” (Tamayo, 6)

Existirá mala praxis en el área de la salud cuando se provoque un daño en el cuerpo o en la salud de la persona, siendo esta una actuación contraria a los conocimientos vigentes y correctos de la medicina, provocando un daño parcial o total, limitado en el tiempo o permanente e inclusive la muerte, como consecuencia de un accionar profesional realizado con imprudencia, negligencia, impericia en su profesión o por inobservancia de los reglamentos o deberes a su cargo, alejado de la normativa legal aplicable.

“En el caso de la mala praxis médica el Dr. Tamayo Martínez manifiesta que podríamos señalar tres conceptos:

- Deliberada mala práctica, cuando el médico administra a propósito medicina o realiza una operación en la que sabe que se pondrá en peligro o se causará la muerte al paciente a su cargo (ej. aborto), en este caso, el elemento subjetivo de intencionalidad prevalece sobre el resultado del acto.
- Mala práctica por negligencia, que comprende los casos en los que no hay un objetivo criminal o deshonesto, pero si una obvia negligencia respecto de las necesidades del paciente (ej. administrar medicinas durante una intoxicación).
- Mala práctica por ignorancia: administración de medicinas inapropiadamente (no adecuadas o una dosis incorrecta)”. (Tamayo Martínez, 8 y 9).

1.3 Deberes generales del médico

Según el Código Internacional de Ética Médica adoptado por la Asociación Médica Mundial ha consagrado varios deberes de los médicos en general, así como para con sus pacientes, entre los que constan los siguientes:

- EL MEDICO DEBE mantener siempre el más alto nivel de conducta profesional.



- EL MEDICO NO DEBE permitir que motivos de ganancia influyan el ejercicio libre e independiente de su juicio profesional de sus pacientes.
- EL MEDICO DEBE, en todos los tipos de práctica médica, dedicarse a proporcionar un servicio médico competente, con plena independencia técnica y moral, con compasión y respeto por la dignidad humana.
- EL MEDICO DEBE tratar con honestidad a pacientes y colegas, y esforzarse por denunciar a los médicos débiles de carácter o deficientes en competencia profesional, o a los que incurran en fraude o engaño.
- EL MEDICO DEBE respetar los derechos del paciente, de los colegas y de otros profesionales de la salud, y debe salvaguardar las confidencias de los pacientes.
- EL MEDICO DEBE actuar sólo en el interés del paciente cuando preste atención médica que pueda tener el efecto de debilitar la condición mental y física del paciente.
- EL MEDICO DEBE obrar con suma cautela al divulgar descubrimientos o nuevas técnicas, o tratamientos a través de canales no profesionales.
- EL MEDICO DEBE certificar sólo lo que él ha verificado personalmente.

Señala además como conductas no éticas las siguientes:

a) la publicidad hecha por el médico, a menos que esté autorizada por las leyes del país y el Código de Ética Médica de la asociación médica nacional.



b) el pago o recibo de cualquier honorario u otro emolumento con el solo propósito de obtener un paciente o recetar, o enviar a un paciente a un establecimiento.

Respecto de los deberes frente a los pacientes consagra algunos como:

- EL MEDICO DEBE recordar siempre la obligación de preservar la vida humana.
- EL MEDICO DEBE a sus pacientes todos los recursos de su ciencia y toda su lealtad. Cuando un examen o tratamiento sobrepase su capacidad, el médico debe llamar a otro médico calificado en la materia.
- EL MEDICO DEBE guardar absoluto secreto de todo lo que se le haya confiado, incluso después de la muerte del paciente.
- EL MEDICO DEBE prestar atención de urgencia como deber humanitario, a menos de que esté seguro que otros médicos pueden y quieren prestar dicha atención.

A criterio del autor Marco Antonio Terragni los deberes generales de los médicos son:

- **Diagnosticar y tratar:** que se traduce a la obligación del médico de examinar al paciente y establecer conclusiones, las mismas que serán la base para un tratamiento terapéutico.
- **Emplear Pericia:** en palabras del autor se traduce a que “el médico tiene un deber individualizado: el de aplicar su pericia, las reglas del arte profesional, a la curación” (Terragni, 110), es necesario aclarar que aunque el resultado del médico no sea positivo, no implica la necesaria intervención del derecho penal, pues este operará para sancionar las conductas imperitas en que haya incurrido el médico.
- **Actuar con habilidad:** entendiendo habilidad como “la capacidad de hacer que el conocimiento resulte efectivo” (Terragni, 110), es decir poseer los conocimientos no basta si no están acompañados de



aptitudes físicas y psíquicas, pues caso contrario puede incurrir en una infracción penal.

- **Asistir al enfermo:** Es obligación del médico una vez que ha asumido el cuidado del paciente, velar por su bienestar y hacer todo aquello que esté a su alcance para su recuperación; es importante aclarar que la medicina más que una ciencia continúa siendo un arte, por lo que es imposible garantizar tal o cual resultado.
- **Deber de informar:** Este deber es fundamental en la actividad médica y que abarca aspectos desde la relación intersubjetiva entre médico y paciente, la misma que debe ser cordial y totalmente sincera; pues el médico deberá informar claramente desde el diagnóstico hasta el tratamiento. Este a su vez incluye la explicación clara y en términos comprensivos para el paciente, que debe dar el médico y variará dependiendo su nivel de instrucción, rusticidad, etc., acerca del procedimiento y riesgos del mismo; este punto tiene estrecha relación con el consentimiento informado, indispensable en todo procedimiento médico, considerando el autor que “la actitud de no advertir al paciente acerca de que existen diversos métodos para tratar su dolencia puede ser considerada como una conducta imprudente. Y ella, es la que incrementa el riesgo a que está expuesto el bien jurídico” (Terragni, 117). “La información que se presenta al paciente debe ser verdadera, clara, completa y discutida con el mismo. Esta información es un derecho esencial del paciente para poner en ejercicio su libertad. De lo contrario, al presentar el médico una explicación errónea, falsa o malintencionada, no solamente se está faltando a un principio ético, sino está vulnerando la libertad de decisión del paciente (Guzmán y Colegas, 145).
- **Deber de Confrontar Opiniones:** Este se traduce no sólo a la necesidad de que el médico posea los conocimientos técnicos necesarios, sino que se produzca una suerte de interconsulta con otros médicos, quienes deberán ser plenamente conocedores del caso en

cuestión y de esa manera formar un criterio y diagnóstico más preciso. Frente a este deber surge la figura del deber de cuidado primario y el deber de cuidado secundario; sobre lo que el autor manifiesta lo siguiente: “el solo hecho de llamar a colegas en consulta delimita el deber de cuidado primario, o sea el que se refiere a acciones personales, y por otro lado genera un deber de cuidado secundario, que hace a la eventual responsabilidad por el comportamiento de quienes hayan sido elegidos” (Terragni, 119); así mismo indica que “el deber de cuidado primario llega hasta el punto en que la conducta propia es relevante para el resultado. El deber de cuidado secundario surge cuando se pone a cargo del sujeto también la necesidad de prevenir errores de terceros. Se genera así una regla de cautela mediata, (...) sobre la conducta de terceros” (Terragni, 119).

- **Deber de derivar al paciente en caso necesario:** Es claro que esta derivación debe ser en aquellos casos que por especialidad o experiencia del profesional, pueda obtener mejores resultados, o incluso se puede incurrir en un actuar negligente en caso de que cuya derivación se realice a un médico notoriamente imperito o inexperto.

1.4.- El Diagnóstico

“La voz castellana diagnóstico, proveniente del antiguo idioma griego, significa distinguir o conocer y empleada en la Medicina representa el conocimiento diferencial de los signos de las enfermedades” (Terragni, 122). En sentido general “el diagnóstico es un estudio previo a toda planificación o proyecto y que consiste en la recopilación de información, su ordenamiento, su interpretación y la obtención de conclusiones e hipótesis” (Rodríguez, 2).

“El diagnóstico es una de las tareas fundamentales de los médicos y la base para una terapia eficaz; en sí mismo no es un fin sino un medio, e indispensable para establecer el tratamiento adecuado. Hay quienes lo señalan como la parte más importante del trabajo médico, pero a pesar de eso conlleva



muchas dificultades cuando se explica y se enseña cómo realizarlo” (Díaz y otros, 1).

“El diagnóstico se basa en el análisis de datos seguros. El razonamiento sólo será válido cuando descansen sobre nociones exactas y hechos precisos, pero cuando no se cumplen estos principios los resultados siempre serán erróneos” (Díaz y otros, 3).

Según Marco Antonio Terragni el diagnóstico comienza habitualmente con la anamnesis, que en términos generales significa “'recolección', 'reminiscencia', 'rememoración'. La anamnesis en general apunta a traer al presente los recuerdos del pasado, recuperar la información registrada en épocas pretéritas”, en el aspecto específico de la medicina se refiere a “la reunión de todos los datos personales, hereditarios y familiares del enfermo, anteriores a su dolencia. En suma la elaboración del historial clínico” (Terragni, 122). “La realización de este estudio, toda la información necesaria y la preparación previa al tratamiento integran el llamado deber de cuidado externo: es decir, de realizar todos los actos extrínsecos correctos, a fin de evitar la consumación del resultado típico” (Terragni, 122). A criterio de Marisol Collazos Soto el deber de cuidado externo significa “que se exige al ciudadano que se comporte conforme a la norma de cuidado, que es previamente la advertencia de un peligro. Este deber tiene a su vez tres plasmaciones, a que estamos obligados todos

1.-El deber de no crear acciones peligrosas

2.-Deber de preparación e informaciones previas a la realización de las conductas

3.-Deber de actuar prudentemente en situaciones peligrosas. (Collazos, 4)

Según otro autor “en lo que toca al deber de cuidado externo, los deberes esenciales son evitar acciones peligrosas y ejercer dentro del riesgo previsto. En las llamadas 'actividades peligrosas' el agente debe exonerarse de la

presunción de culpa que milita en su contra: quien esgrime un arma blanca realiza una actividad que entraña peligro, en la misma forma en que lo hace quien conduce un vehículo. Por lo tanto se presume que tuvo la culpa del resultado producido y le corresponde desvirtuar esa culpa presunta, demostrando que el hecho dañoso ocurrió por culpa exclusiva de la víctima, por fuerza mayor o por intervención de un tercero.” (Franco y otros, 5).

El diagnóstico representa la fase más dificultosa para el médico previo al tratamiento, pues en el reflejan básicamente su experiencia y criterio, por lo que no resulta punible, pues ante un mismo paciente existirán diversos diagnósticos, y en este punto para determinar una responsabilidad penal se debe valorar no el diagnóstico como tal, sino más bien valoraciones que a nivel general se consideren como graves y violatorias a los principios básicos del arte de la medicina. “Debe tenerse en cuenta que lo que en su caso representa violación del deber de cuidado es un comportamiento inadecuado y no la infalibilidad” (Terragni, 123).

1.5 El Tratamiento

En palabras del autor Marco Antonio Terragni “la palabra tratamiento (...) abarca tanto el sistema o método terapéutico para enfrentar una dolencia, como las propias acciones médicas” (Terragni, 144), al respecto también se dice que el tratamiento “es el procedimiento que se utiliza para curar una enfermedad o para reducir sus efectos, tanto si se realiza por el médico que presta la asistencia inicial como si se encomienda a auxiliares sanitarios, quedando al margen el simple diagnóstico y la pura vigilancia o prevención médica” (De Lorenzo, 1). Hay quienes sostienen que “el error de tratamiento se puede definir como una lesión o deterioro de la salud que, en ocasiones, deviene en una prolongación de la estancia hospitalaria, una incapacidad o la muerte, y tiene su causa más en la atención sanitaria que en la enfermedad del paciente” (Macia, 9).

Así al carecer de reglas absolutas la ciencia médica, existen ocasiones en que la experimentación se vuelve algo necesario; en palabras del autor manifiesta

que “la experimentación terapéutica no adquiere efectos jurídicos penales si ella se mantiene dentro de los límites del riesgo permitido, no existe otro método o los usuales resultan insuficientes” (Terragni, 145). De lo anotado debemos recalcar que únicamente en aquellas situaciones el profesional de la salud puede experimentar, pues se trata de precautelar un bien jurídico de altísimo valor y protegido que es la vida; es lógico colegir además que esta experimentación debe estar guiada por la *lex artis*, y conocimientos técnicos del médico tratante; y que como bien Terragni manifiesta “no es posible olvidar que se opera sobre un campo humano, lo que supone la individualidad de cada sujeto, con necesidades y reacciones propias, lo que comporta la necesidad de aplicar tratamientos distintos” (Terragni, 147), por lo que no se podría atribuir responsabilidad al médico por la reacción desfavorable del paciente, claro está, que siempre y cuando dicha reacción sea inesperada, pues si ha sido por negligencia, impericia o inobservancia de reglamentos o de la *lex artis*, existe responsabilidad del médico por infringir el deber objetivo de cuidado, y al respecto “resulta imprescindible tener todo esto en cuenta, para que no se entienda el deber objetivo de cuidado como un concepto de rigidez tal que solo seres perfectos podrían observarlo”(Terragni, 147).

En la actividad médica el profesional fácilmente puede acarrear para sí responsabilidad penal por su actuar, pero también puede ser por incurrir en errores involuntarios, así “si el médico cometiese un error en la apreciación de las circunstancias que concurren en el caso, creyendo que su actuación excesivamente riesgosa está justificada, habría incurrido en un error de tipo (error sobre los datos fácticos fundantes del estado de necesidad). Si se equivocase acerca de la posibilidad de que su conducta estuviese amparada por el Derecho estaría en error de prohibición” (Terragni, 147)

El error en el tratamiento puede ser común por múltiples circunstancias que no necesariamente acarrearían responsabilidad penal al profesional, “El médico puede equivocarse acerca del método terapéutico que ha aplicado. La equivocación constituirá, en principio, una cuestión científico-técnica, que no



tiene necesariamente relevancia jurídica. No se identifica con algunas de las formas de aparición de la culpa; aunque puede constituir una señal como lo dice Welzel: El hecho de que una acción causante de daño infrinja la *lex artis* es sólo un indicio, pero no la prueba de falta de observancia del cuidado debido” (Terragni, 152).

Ramón Macia Gómez señala que “para la determinación de si un médico incurrió en una equivocación, se habrá de valorar en base a los actos que hubieran hecho, en la misma situación, otros facultativos que son incardinados en el estándar de diligentes, prudentes y capacitados, y ello según criterios, básicamente, fundamentados en las estadísticas médicas. Sólo, si los imputados en un error médico, no resolvieron la situación dentro de ese estándar, podrían ser considerados negligentes.” (Macia, 9), este criterio conlleva cierto grado de parcialización, pues dependería de los médicos que actúen como peritos, pues por la naturaleza de la actividad médica fácilmente podría taparse esa evidencia que exhiba la responsabilidad del médico.

1.6 El Consentimiento

Es importante partir anunciando que la actividad médica inicia o es fruto de un convenio entre el médico y el paciente, o su representante, así “el consentimiento informado en el área clínica debe entenderse como la aceptación por parte de un enfermo competente de un procedimiento diagnóstico o terapéutico después de contar con la información adecuada para implicarse libremente en la decisión clínica”. Los requisitos básicos son: libertad, competencia e información suficiente. (García, 11)

La edición de 1984 del Manual de Ética del Colegio de Médicos Americanos define al Consentimiento Informado de la siguiente manera: “El Consentimiento Informado consiste en la explicación a un paciente atento y normalmente competente de la naturaleza de su enfermedad, así como del balance entre los efectos de la misma y los riesgos y beneficios de los procedimientos

terapéuticos recomendados, para a continuación solicitarle su aprobación para ser sometido a esos procedimientos. La presentación de la información al paciente debe ser comprensible y no sesgada; la colaboración del paciente debe ser conseguida sin coerción; el médico no debe sacar partido de su potencial dominancia psicológica del paciente”. (11) (Herazo, 20)

En palabras de Marco Antonio Terragni “el consentimiento fija el ámbito de competencia de la víctima, y por ende delimita el ámbito del deber objetivo de cuidado, porque habilita al autor a ampararse (...) en el principio de la confianza” (Terragni, 226). “Para el caso del médico el consentimiento es un requisito de su personal deber de cuidado, de manera tal que quien tome intervención en los intereses del paciente sin el acuerdo de éste, afectará el derecho a la autodeterminación. El injusto que de ello resulte solamente podría estar cubierto por la justificante del estado de necesidad, si se ha ocasionado un mal con el fin de evitar otro mayor e inminente al que el médico ha sido extraño” (Terragni, 226). Es necesario que el consentimiento dado al médico provenga de una persona capaz para hacerlo, por ejemplo esto se ve limitado en el caso de los menores de edad, o de personas que padezcan enfermedades mentales que les priven de razón, en estos casos la autorización expresa debe provenir del representante respectivo.

En nuestro país, la Constitución de la República (art. 361), la Ley Orgánica de la Salud (art. 7) y el Código de Ética Médica del Ecuador (art. 15 y 16), señalan la obligación del consentimiento informado para la realización de todo procedimiento clínico o quirúrgico, elemento indispensable para que el médico intervenga de cualquier manera en el tratamiento de determinado paciente; lógicamente este consentimiento para que sea válido debe cumplir ciertos parámetros como que debe provenir directamente del paciente y sólo en los casos manifestados en líneas anteriores se admitirá del representante del paciente, pero como señala Terragni “Lo que no resulta penalmente admisible es acudir a la discutible idea del consentimiento presunto, ya que esta materia se maneja con realidades, no con ficciones” (Terragni, 227), a su vez el



consentimiento debe ser prestado con anterioridad al inicio de la labor del médico, tanto así que “para que pueda hablarse de acto médico, el mismo presupone la existencia de un consentimiento informado por parte del paciente. Lo anterior a su vez supone la obligación que recae sobre el galeno de brindarle toda la información necesaria, veraz y suficiente al paciente”, además “en materia de responsabilidad médica, se ha acuñado el concepto de consentimiento informado, para resaltar que no se trata del consentimiento simple que se requiere para todos los actos jurídicos, sino de aquel que es presupuesto del acto médico, y que a su vez, requiere que el paciente consienta estando plenamente informado sobre el procedimiento que se realizará sobre su cuerpo, así como las consecuencias que se desprenden del hecho de no realizarlo” (Bernate, 3).

“Los médicos, en la actualidad, tienen la convicción que dejar documentado el Consentimiento Informado de todo paciente los libera de responsabilidad, por lo que desde ciertos sectores se preconiza el uso de protocolos específicos de información y consentimiento, estimando que les protegerán, a modo de paraguas, contra futuras reclamaciones” (García, 50), más a criterio del profesor Marco Antonio Terragni no basta con la suscripción de un formulario, porque la mayoría de veces este ha sido diseñado con anterioridad y no abarca todas las diversas situaciones de cada paciente que atienda el médico y textualmente señala “la única prueba válida en juicio, será aquella que permita demostrar que, dada la complejidad y el riesgo que encierra el caso, el médico le ha explicado, en términos sencillos (...) a ese enfermo, los alcances del tratamiento que va a emprender. Si el enfermo no ha entendido, ese error de conocimiento sería la base para restarle valor a la aquiescencia (...) y no libraría de responsabilidad al médico” (Terragni, 228).



CAPITULO II: EL DEBER OBJETIVO DE CUIDADO

2.1 Concepto

Para explicar que es el deber objetivo de cuidado, es necesario partir indicando que son los delitos culposos, Cerezo Mir citado por Fernández establece que: “un delito imprudente es aquel que como consecuencia de la inobservancia del cuidado debido se produce un resultado material, externo o peligro concreto de un bien jurídico, o concurre una determinada cualidad de acción, no queridos” (Fernández, 3), “en esta clase de delitos, el agente no quiere cometer el hecho previsto en el tipo doloso pero lo lleva a cabo por infracción o inobservancia de una norma de cuidado” (Posse, 1)

Al respecto el Profesor Zambrano Pasquel manifiesta que “hay que tener presente que el núcleo central de la responsabilidad profesional por comportamiento culposo es la infracción al deber objetivo de cuidado.” (Zambrano, 1), quien además sostiene que “la infracción del deber objetivo de cuidado es un concepto normativo que debe ser construido caso a caso” (Zambrano, 1).

El jurista clásico Francesco Carrara, citado por el Doctor Zambrano Pasquel, define a la infracción al deber objetivo de cuidado como “la voluntaria omisión de diligencia en calcular las consecuencias posibles y previsibles del propio hecho” (Zambrano, 4). La Excelentísima Corte Suprema de Chile ha señalado en un fallo de 15 de septiembre de 2008 que: “Actúa culposamente el que infringe un deber de cuidado que personalmente le incumbe y puede prever la aparición del resultado, el que o bien no prevé o bien, previéndolo, confía imprudentemente en poder evitarlo. (...). La Teoría de la Culpa está cimentada, entonces, en dos pilares básicos: 1. el deber de cuidado, que obliga al sujeto a poner en su actividad una atención suma a objeto de no dañar los bienes protegidos por el legislador, y 2. la previsibilidad del resultado, establecido a partir de parámetros ordinarios o comunes, puesto que nadie puede responder por resultados imprevisibles.” (Martínez, 217)

Pues bien, de lo investigado, en ningún ordenamiento jurídico consta claramente cuáles son los cuidados que deben observarse en cada actividad o situación concreta, y es por ello que en el campo sobretodo de la medicina, se debe seguir la *lex artis*, “Cuando de actos relacionados con la actividad médica sanitaria se trata, la primera referencia a los fines de determinar la norma infringida es la llamada *lex artis*, la que, sin perjuicio de ser un concepto dinámico –debido a los avances científicos- puede ser definida como aquella suma de reglas generales de carácter técnico, máximas de experiencia y conocimientos emitidos que han sido aceptados y aprobados por la comunidad científica y que resultan aplicables al conjunto de la actividad médico sanitaria”(Posse,19), como lo sostiene Montealegre Lynett “En el caso de que no se encuentre normas definidas y preestablecidas para una cierta conducta en específico, se deberá comparar la conducta que siguió el sujeto con la que hubiera seguido en el mismo ámbito de relación uno prudente y diligente. Si existe divergencia en el juicio comparativo, es porque se ha infringido un deber de cuidado” (Montealegre Lynett, 287). Similar criterio tiene al respecto María de los Ángeles Meza quien sostiene que “del cumplimiento del deber objetivo de cuidado, y en el campo de la Responsabilidad Médica, (...) se establece a partir de la *Lex Artis*.” (Meza y otros, 17). De lo expuesto notamos que en el campo de la medicina resulta fundamental la *lex artis*, pues al ser aceptada por la comunidad científica de la medicina, constituye una especie de reglamento, pues por la naturaleza de la actividad los absolutos no existen, en todo caso, el infringir la *lex artis* conlleva a la infracción del deber objetivo de cuidado.

“El autor debe realizar la conducta como lo haría una persona razonable y prudente puesta en el lugar del agente, de manera que si no obra con arreglo a esas exigencias infringirá el deber objetivo de cuidado, elemento con el que se aspira a que con la observancia de las exigencias de cuidado disminuya al máximo los riesgos para los bienes jurídicos con el ejercicio de las actividades peligrosas, que es conocido como el riesgo permitido” (Gavillan, 1).

Para que se llegue a determinar la responsabilidad del médico no basta con el resultado, sino “la punición del autor por culpa no depende solo, (...) de que la



acción haya determinado la aparición del resultado típico previsible y evitable (...), sino de una característica adicional, consistente en la infracción de un deber general de cuidado, impuesto por el ordenamiento jurídico en la realización de acciones peligrosas para determinados bienes jurídicamente protegidos” (Torio, 1)

“La violación al deber de cuidado deviene no sólo de la infracción a disposiciones legales sino también de las llamadas “normas de tráfico” o conjunto de “reglas sociales”; discutiéndose el carácter objetivo del mismo en cuanto a su determinación. Especial interés reviste la cuestión en el campo de la medicina debido a la falta de un único reglamento escrito que determine cuáles son las conductas que el ordenamiento jurídico considera imprudentes, negligentes o imperitas, a diferencia de lo que sucede en lo atinente al tráfico automotor” (Posse, 5), al respecto lo confirma Zaffaroni afirmando que “No hay un deber de cuidado general sino que a cada conducta corresponde un deber de cuidado” (Zaffaroni y otros, 427), siendo totalmente coherente, pues en la actividad médica por la naturaleza de la misma sería imposible generalizar normas o recomendaciones, pues cada paciente, y en general cada caso es único, no así en casos de mecánica automotriz por ejemplo, ya que si se trata de vehículo de la misma marca y presenta la misma falla se podrían aplicar los mismos mecanismos de reparación. Así, al respecto se afirma que “no existen deberes de cuidado genéricos, sino que los mismos son específicos (...) a cada conducta le corresponde un determinado deber de cuidado: uno es el deber de cuidado al conducir un vehículo automotor, otro al limpiar un arma de fuego, otro al realizar una intervención quirúrgica, (...) etc. Como se anticipó, en los delitos culposos la conducta prohibida no se individualiza por el fin en sí mismo (por ejemplo conducir el vehículo automotor, limpiar el arma, intervenir quirúrgicamente), sino por la forma defectuosa (violatoria de los deberes de cuidado) de seleccionar los medios y poner en marcha la acción para alcanzar dicha finalidad” (Amadeo, 4), así la actividad humana de por sí conlleva un riesgo, más lo que es jurídicamente reprochable resulta la forma de ejecución de esa actividad y no aquella en sí mismo, pues si se lleva a cabo

negligentemente y provoca un hecho dañoso, es lógico que acarrea responsabilidad penal.

Para que además se considere vulnerado el deber objetivo de cuidado es necesario la previsibilidad así como la evitabilidad del resultado, pues si esto no existe no habrá infracción del deber objetivo de cuidado, además según Sebastián Amadeo “No hay violación al deber de cuidado cuando se actuó dentro del riesgo permitido (...) la doctrina penal ha tomado de la sociología la noción de riesgos y en base a ello se sostiene que la actual es una sociedad de riesgos. En base a ello se distinguen los riesgos permitidos que una sociedad tolera en virtud de los beneficios que obtiene (...) de los riesgos prohibidos, es decir, aquellos que no admite (conducir a velocidades prohibidas). El análisis de la violación del deber de cuidado siempre se instala dentro del riesgo no permitido”. (Amadeo, 15)

2. 2 Características según el grupo profesional

Para determinar hasta donde llega el deber objetivo de cuidado del médico, es necesario determinar su actividad o especialidad ya que “dependerá del grado de formación profesional pues al que más sabe más se le exige” (Zambrano, 3). “La práctica de la Medicina en el ámbito hospitalario, las nuevas técnicas y los avances científicos, imponen un trabajo conjunto, con división de funciones entre los diferentes componentes de un equipo de profesionales; es decir, que la relación antigua entre médico-paciente va desapareciendo poco a poco, pues por lo general, el diagnóstico, pronóstico y tratamiento de una persona atañe a varios profesionales ya sea de forma conjunta como puede ocurrir en la medicina hospitalaria, bien por la necesidad del médico de acudir a otros profesionales para la realización de determinadas pruebas imprescindibles para llegar a un correcto diagnóstico; aunque, es necesario precisar que en este último caso, es muy difícil hablar de un verdadero equipo médico, porque el paciente <encarga> su caso a un concreto facultativo, que a su vez encomienda la realización de pruebas a otros, unas veces elegidos por el

propio paciente y otras por el médico” (Gómez, 375); esto evidencia que un médico no puede realizar todo el trabajo, pues para eso existe lo que se denomina la división del trabajo y puede ser:

- **División vertical**, ésta supone una relación jerárquica y se caracteriza precisamente por una relación de supra y subordinación; es decir, se trataría de una delegación, como la existente entre facultativos de diferente categoría; por ejemplo entre médico y enfermera, aunque existe la posibilidad que también se dé entre médicos de diferente categoría como de tratante a residente, integrados en un equipo, como en el caso de los internos o residentes (Gómez, 377).

- **División horizontal**, ésta es la existente entre profesionales de igual categoría, por su cualificación, competencia e independencia; trabajan conjuntamente en funciones complementarias, dentro de sus respectivas especialidades. Es decir, se trata de profesionales de igual categoría y de distinta especialidad, donde cada uno ocupará el lugar que le corresponda según su capacitación profesional (Gómez, 378).

Es por ello, que la necesaria especialización y división del trabajo constituye el mejor medio para poder garantizar una atención adecuada al paciente, pues, es realmente absurdo creer que un médico pueda hacerlo y saberlo todo, considerando que cada caso que se presenta es distinto y que las dificultades propias de cada uno y del paciente también son diferentes (377).

Terragni manifiesta que “así como existen deberes comunes a todos los profesionales del arte de curar, hay obligaciones específicas conforme al área en que se desempeñe (...) para la determinación del deber de cuidado deben tenerse en cuenta las circunstancias concretas del lugar y tiempo en que se realiza la práctica” (Terragni, 158). Y para determinarlo este autor clasifica en:

- El Médico Especialista:** Según el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española es aquel que cultiva o practica una rama determinada de un

arte o una ciencia, en este caso Terragni afirma que “las exigencias de cuidado varían si se trata de un médico especialista, que desarrolla su actividad en una gran clínica, perfectamente dotada de recursos humanos y técnicos, o si es un médico que desempeña su profesión en una zona rural o en un pequeño pueblo distante de las metrópolis y lo hace desprovisto de aquellos elementos de apoyo”(Terragni, 158), pues es claro que no sólo los conocimientos científicos del médico bastan, pues los implementos e infraestructura juegan también un papel preponderante en el desarrollo de la actividad médica.

En el mismo sentido el autor afirma que “No es exclusivamente la mayor dedicación del especialista a una rama de la medicina lo que influye por sí solo, sino que la relación intersubjetiva se plantea de manera diferente que como se da entre el paciente y el médico general, ya que se genera un diverso grado de confianza, con incidencia jurídica” (Terragni, 158 y 159) y de este modo “si el especialista defraudase a unos o a otros podrá formularse imputación objetiva de un resultado dañoso, por acción u omisión, teniendo presente que no sólo cuenta la actividad propia sino el hecho de que aquellos necesitados dejaron de lado la posibilidad de acudir a otros profesionales o a otros medios que hubiesen permitido superar el problema” (Terragni,159).

-El Médico Rural: para Terragni el ámbito rural debe entenderse como “un sitio con posibilidades mínimas de equipamiento y ayuda profesional externa” (159) y debemos tener claro que por lo general los lugares donde este médico cumple sus funciones son limitados en cuanto a recursos, pero que muchas veces los conocimientos o actualización de los mismos suelen serlo también, y por aquello este suele ser el único profesional de la salud, por lo que “en caso de que se niegue a actuar o interrumpa la atención, ambos factores pueden justificar una responsabilidad agravada, en orden a las consecuencias lesivas por culpa, aparte de la posible configuración del delito de omisión de auxilio” (Terragni, 159); pero como es obvio no se le puede exigir más allá de lo que sus conocimientos e implementación sean capaces de abastecer el servicio de salud, así incluso “si alguna actuación suya se adecuase al tipo del delito



imprudente, es probable que aparezca amparada por las reglas del estado de necesidad”(Terragni, 159).

-Médico de Guardia: Se puede definir la guardia médica como “el servicio médico especial, fuera del horario laboral, con la función de vigilar y, en su caso, atender aquellas situaciones de los pacientes ingresados que requieran una actuación médica inaplazable” (Montero Ruiz y otros, 1). “En el profesional que ocupa este puesto de trabajo se encuentra reforzada la obligación de conocer la totalidad de las dolencias, la de derivar rápida y eficazmente (...) y de no cometer errores en las comunicaciones” (Terragni, 160)

“El médico de guardia se encuentra en una posición (...) similar a la del médico rural, y una responsabilidad más elevada que la general para los casos en que omite sus prestaciones. Ella se basa en la confianza que los enfermos tienen de que en casos de emergencia pueden acudir a él, como la confianza de los restantes médicos que, mientras se preste el servicio, pueden despreocuparse de sus pacientes. Esto es una manifestación del principio de confianza” (Terragni, 160).

2.3 Imprudencia

Terragni manifiesta que “la imprudencia es una de las maneras en que el sujeto activo de esos delitos puede violar el deber de cuidado. Imprudencia es la ausencia de prudencia, y ésta, una de las cuatro virtudes cardinales que enseña al hombre a discernir lo bueno de lo malo para actuar en concordancia. Es sinónimo de cordura, templanza, moderación en las acciones; supone sensatez, tacto, tino y sobre todo reflexión” (Terragni, 162). “La imprudencia se caracteriza por un exceso en el obrar como precipitación, ligereza, temeridad que hace que el imprudente haga algo que la prudencia no aconseja hacer” (Martínez, 3).

“El imprudente realiza acciones que no ha meditado previamente (de allí el punto de contacto con la negligencia)” (Terragni, 162), al respecto Zambrano Pasquel señala que puede admitirse que la imprudencia es sinónimo de "falta de prudencia" y la negligencia de "descuido u omisión", o el no poner esmero en la ejecución de algo.” (Zambrano Pasquel), marcando de este modo una especie de diferencia entre la imprudencia y la negligencia, ya que según se desprende de la explicación de los autores, tienen gran relación pero no son sinónimos.

La persona imprudente se caracteriza por varias particularidades como que “se dice que hace más de lo que debe, y es cierto; pero a ello llega por omitir el cuidado debido. Eso lo conduce a obrar de manera arriesgada, precipitada o temeraria” (Terragni, 162); de este modo “será imprudente (...) quien omita la diligencia que exige la naturaleza de la conducta observada, teniendo en cuenta el fin de protección a la norma. A su vez esa finalidad se persigue de maneras diversas, particularizada en las acciones u omisiones que permiten, en cada situación, proteger el bien jurídico (Terragni, 163)

El mismo autor respecto a quien debe fijar el límite entre la prudencia y la imprudencia manifiesta que “lo fija la norma; a los destinatarios les corresponde acatarla y al juez aplicar las sanciones consiguientes a su quebrantamiento. El legislador no podría enumerar exhaustivamente la infinita cantidad de acciones que serían calificadas como imprudentes” (162)

2.4 Negligencia

En términos generales la palabra negligencia, proviene del latín negligencia, es la falta de cuidado o el descuido. Una conducta negligente, por lo general, implica un riesgo para uno mismo o para terceros y se produce por la omisión del cálculo de las consecuencias previsibles y posibles de la propia acción. Así mismo la Real Academia Española define como un descuido o falta de cuidado.

Ya en un sentido más jurídico Montanelli manifiesta que “se entiende a la negligencia como a una forma pasiva de la imprudencia, omitiendo lo que el deber de prudencia mínima y previsión necesaria indicaban realizar. Existe falta o defecto de acción en el obrar negligente”. (Montanelli, 119). “La negligencia, es sinónimo de abandono, dejadez, desidia, descuido e incuria; siendo este un acto mediante el cual se viola un deber de atención, cuando se está en capacidad intelectual técnica de preverlo, es una transgresión a normas comunes de sensatez a diferentes niveles. En los casos médicos, la negligencia ha sido el medio para determinar la responsabilidad generadora frecuente de culpa profesional”. (Morales, 1).

La negligencia “es la inactividad o falta de cuidado necesario en una situación por quien no está impedido de tenerlo y deba prestarlo. Por lo que el sujeto sí posee esos conocimientos o técnicas para esa situación determinada o la actividad necesaria, pero, o no los ejerce cuando está obligado a ello, o lo hace con descuido” (Jaramillo, 33). Existen dos tipos de negligencia: una consciente y otra inconsciente: “la negligencia es consciente cuando conociendo la eventualidad de un resultado dañoso, es decir anunciando que este resultado pueda darse, no se ven las precauciones necesarias para que no se produzca; así por ejemplo el médico tiene el deber de poner todo su cuidado y diligencia siempre que atienda o beneficie a sus pacientes, con el fin de aprobar su curación o mejoría. Lo que por negligencia, descuido u omisión cause perjuicio en la salud de aquéllos, incurre en una conducta ilícita que será calificada por el juez según su magnitud” (Jaramillo, 35); por otro lado “la negligencia es inconsciente cuando no se previó la consecuencia dañosa que al conocimiento del médico debió haberse previsto y, por ende del resultado, no se tomaron las medidas de precaución para que no tuviera efecto.” (Jaramillo, 37).

Por lo tanto, debemos entender “la negligencia como un defecto en el obrar (descuido, desatención, falta de preocupación, que hace que el negligente no haga algo que la prudencia aconseja hacer)” (Martinez, 3), sin embargo

Jiménez de Asúa sostiene que “la negligencia es el elemento psicológico de la culpa, fueren cuales fueren las variedades de ésta, y que, por lo tanto, se halla ínsito en la imprudencia, la impericia y la inobservancia de reglamentos o deberes.” (Jiménez de Asúa, 34), al respecto Altavilla afirma que “se ha caracterizado psicológicamente a la negligencia como inercia, producto de un temperamento amnésico y afectivamente torpe” (Altavilla, 360), es por ello que “un acto negligente revela una falla en la voluntad, que a su vez guía la atención” (Terragni, 164).

De lo expuesto podemos concluir que existe negligencia no solamente por la renuncia de hacer algo, sino también por el modo de operar o de realizar la acción o por el descuido en la conducta adecuada, que es cuando se obra de manera distinta a como se debería. Si se han descuidado normas comunes de la vida, como por ejemplo en el caso de que el médico no realice el trabajo de desinfectar los instrumentos para la cirugía y los utilice en la misma, esto será negligente de parte de él. Además se desprende que la negligencia no tiene relación únicamente con el obrar de la persona, sino mantiene una vinculación psicológica, que conlleva el descuido o falta de atención a la actividad que se desempeña.

2.5 Impericia

Impericia, “es la falta de pericia, entendiendo por ésta la sabiduría, conocimientos técnicos, experiencia y habilidad en el ejercicio de la medicina. Así, la realización de una intervención quirúrgica sin conocer las reglas técnicas, o no saber asistir un caso de urgencia” (Yungano, López, Poggi, Bruno, 153), al respecto Meincke manifiesta que “la impericia es una falta de saber teórico o práctico de la materia del propio oficio. Es la falta de sabiduría o de experiencia, es una ausencia de saber o de habilidad reprochable, porque ejerce el arte o profesión mediando ella, constituye ya de por sí una amenaza general de producir daños; la impericia, para constituir culpa, debe resultar como una condición conocida por el agente y como un obstáculo voluntariamente descuidado.” (Meincke, 95).

“La impericia no debe confundirse con una destreza profesional deficiente, pues aunque la ley pueda requerir que los que practican determinada profesión estén conferidos de ciertos requisitos de capacidad técnica, no puede exigir que todos tengan un mismo ingenio o una misma cultura” (Jaramillo, 36); la doctrina distingue entre error profesional e impericia propiamente dicha, y lo hace de la siguiente manera: “es culpable de impericia, no sólo el que causa daños al ejercer una profesión que no conoce ya por un estado de carencia de conocimientos, técnicas o habilidades; sino también el que actúa dentro de los límites del ejercicio normal de su actividad profesional, muestra que no posee el conjunto de conocimientos científicos y prácticos que es normalmente indispensable para dicho ejercicio, pero cuando no se pueda hablar de ignorancia no habrá propiamente impericia, sino más bien de error profesional, que no es causa de responsabilidad, pues se trata de un error excusable”(Altavilla, 8). Por esto “la escasa inteligencia, la deficiencia de cultura, de práctica, de intuición, de capacidad de observación, no puede, por si solas, considerarse como impericia, pues esta, para constituir culpa, debe implicar como condición conocida por el agente y como obstáculo voluntariamente descuidado” (Jaramillo, 60).

En la opinión de Terragni “La impericia es (...) la actuación inexperta o inidónea en una tarea que requiere una especial destreza y aunque no exista una normativa específica que le sea aplicable. Aquí aparece una especie de cualificación del sujeto activo, pues las exigencias no se dirigen a cualquiera, sino que se formulan a quienes se dedican a una labor que entraña riesgo, y que, por ende, debe ser desarrollada con una particular habilidad” (Terragni, 168). Es importante señalar que “la pericia se establece en un medio y en una época contemporánea con el hecho que se juzga. No se puede considerar que una conducta fue imperita si su consecuencia era opinable y/o disputable en el arte o profesión de que se trate. Nuñez considera que un error de diagnóstico no puede considerarse una conducta imperita. Se debe tener en cuenta que la medicina es una ciencia y su ejercicio un arte.” (Meincke, 95).



La doctrina ha dividido la impericia en tres tipos que son: absoluta, relativa y profesional, las cuales consisten en lo siguiente:

-La Impericia Absoluta según Stoppat, “opera cuando se obra fuera del campo en que uno estaba autorizado por el propio título académico, en estos casos tiene fundamento en la inobservancia de normas.

-La Impericia Relativa: todo dependerá de la competencia técnica que el propio título profesional autoriza para ejecutar especialmente en materia quirúrgica y médica, no tendría responsabilidad, porque la habilitación crearía la presunción de capacidad técnica.

-La impericia profesional en cambio es cuando entra en juego la temeridad profesional, de los audaces experimentos, característicos de expertos profesionales, en el cual no es fácil determinar cuándo una operación atrevida da origen a un fracaso, a la responsabilidad a título de culpa, no es fácil determinar este tipo de culpa, ya que muchas veces se recurre a dichas operaciones para poder disminuir la enfermedad o para salvar una vida que en verdad se está extinguiendo, habiendo alguna probabilidad de cura que la muerte segura; de esta forma no se puede hablar de la responsabilidad del galeno, ya que para poder salvar la vida del paciente va a recurrir a una operación riesgosa que a la final no salvaría la vida del paciente” (Stoppat, 38).

Así de todo lo expuesto podemos concluir al igual que Terragni que “imperito no puede ser cualquiera, sino quien debe poner en ejercicio una especial habilidad” (Terragni, 169).

2.6 Inobservancia de los reglamentos

Este término inobservancia, nos trae la idea de una especie de desobediencia a normas preestablecidas para un correcto manejo de la medicina, mas como lo



hemos venido anotando, la medicina es un arte más que una ciencia, por lo que no todo está reglado, así la “inobservancia de los reglamentos y de los deberes del cargo, constituyen otras formas de responsabilidad que podrán circunscribirse a la esfera administrativa si no se ocasiona un daño al paciente, o sumarse a ello la instancia judicial si se lo provoca. A título ejemplificativo pueden citarse la omisión o defecto en la confección de la historia clínica; realizar el “practicante” actos no autorizados o sin el debido control; no fiscalizar las tareas del personal auxiliar que debe cumplir con las indicaciones dadas por el médico, etc.” (Yungano, López, Poggi, Bruno, 165, 166).

“La inobservancia de los reglamentos se produce cuando el facultativo incumple las medidas que se le imponen con carácter obligatorio, tanto en los reglamentos generales como específicos, de donde puede derivarse la inobservancia de una responsabilidad, no sólo en el orden laboral o administrativo, sino penal.” (Ecured, 1); al respecto Terragni sostiene que “cuando la conducta a seguir está reglada: sujeta a deberes específicamente determinados por la ley, por las disposiciones dictadas por la autoridad administrativa, por la dirección de los establecimientos hospitalarios, por el laboratorio productor de los medicamentos o por el fabricante del deber objetivo de cuidado. Será imprescindible que la inobservancia de los reglamentos esté conectado con el resultado (...) para que pueda formularse la imputación objetiva” (Terragni, 171); de esto se colige que no basta la simple violación de la norma, sino que dicha inobservancia deberá ser causante del daño, pues si no se produce ese nexo causal no puede imputarse la responsabilidad al profesional.

“Ante actividades especialmente riesgosas, el legislador las preceptúa con el propósito de evitar en lo posible que el peligro que ellas representan se traduzca en daño (...) esto implica una selección previa acerca de cuáles son las acciones cuidadosas y cuales las que exceden el riesgo permitido” (Terragni, 171), claro está que corresponde calificar al juez cuando se ha excedido el riesgo permitido, pues queda claro que no se puede ser radical en esta cuestión, pues no muy drásticos ni muy blandos, la sana crítica del



juzgador juega un papel totalmente preponderante; además es importante recalcar que estos reglamentos o normas pre establecidos juegan un papel importante, pues a criterio de Terragni “estas normas se adelantan a la selección que debería realizar por sí mismo un profesional prudente” (Terragni, 171)

Nuestra legislación contempla a la imprudencia, negligencia, impericia e inobservancia de normas y reglamentos como elementos de la culpa, la misma que en el artículo 27 del COIP es definida de la siguiente manera “Actúa con culpa la persona que infringe el deber objetivo de cuidado, que personalmente le corresponde, produciendo un resultado dañoso.”. Es necesario entender la estrecha vinculación entre estas fuentes de la culpa, el delito culposo y la infracción del deber objetivo de cuidado, ya que la clave para determinar un delito culposo es que este deber objetivo de cuidado haya sido infringido por el actor; claro está sin la intención de causar daño y este se infringe por incurrir en conductas negligentes, imperitas, imprudentes o por inobservar las normas legales, reglamentarias o de *lex artis* pre establecidas. Estos elementos no son tratados por la ley de manera autónoma ni se les ha otorgado una definición legal, siendo clarificados por la doctrina y que en líneas anteriores han sido explicados a detalle.

2.7 Lex Artis

La *lex artis* puede definirse como “conjunto de principios y reglas técnicas propios del arte de la medicina, vigentes al momento de actuar. Sirve de guía para establecer la norma de cuidado en la situación concreta. Independientemente que estas reglas del arte médico aparezcan en protocolos (codificados o no), son parámetros flexibles que concurren a determinar el cuidado debido según las circunstancias, que no fijan un cuidado excesivo y determinan responsabilidad por culpa leve, ni establecen un cuidado mínimo que haga responsable por culpa grave. ” (Vargas, 15). “La llamada *lex artis*, la que, sin perjuicio de ser un concepto dinámico –debido a los avances

científicos- puede ser definida como aquella suma de reglas generales de carácter técnico, máximas de experiencia y conocimientos emitidos que han sido aceptados y aprobados por la comunidad científica y que resultan aplicables al conjunto de la actividad médico-sanitaria.” (Posse, 43)

Al respecto Marco Terragni sostiene que la *lex artis* “no pueden ser fijas, estratificadas, invariables y ello porque (...) se trata de una ciencia y técnicas de aplicación de los conocimientos, cuyo progreso es permanente” Terragni, 38). Hava señala que “por eso se habla de una “*lex artis ad-hoc*”, que cambia en la situación que se examina, por lo que el incumplimiento de la *lex artis* general no suponga una falta del cuidado debido. En este sentido se puede hablar de una concreta norma de cuidado, según el caso; para apreciar estas reglas técnicas y establecer el núcleo de la norma de cuidado -así- introduce una idea clave: “neutralizar” focos de peligros existentes o de impedir la creación de nuevos riesgos.” (Hava, 35)

La *Lex Artis*, en palabras del profesor Molina Arrubla puede definirse como “la serie de reglas que determinan el correcto modo de conducta profesional del médico frente a la corporeidad de su paciente, y de acuerdo con los últimos avances de la ciencia médica, o de forma más coloquial podemos reafirmar que a la *Lex Artis* la conforman los protocolos, guías de manejo, literatura científica y reglamentación específica sobre el acto médico en sí. Al estudiar, investigar y juzgar un caso de supuesta responsabilidad médica, siempre el operador judicial debe partir de una premisa inviolable, y es que las reglas de la *lex artis* deben ser confrontadas frente al caso concreto, es decir, debe aplicar una *lex artis ad hoc*.” (Molina, 35), concordante con este criterio se ha manifestado la sala primera del Tribunal Supremo Español, afirma que deben también tenerse en cuenta las circunstancias particulares que rodean a cada caso- “*lex artis ad hoc*”

Para Romeo Casanoba la *lex artis* no debe entenderse única y necesariamente como las reglas aceptadas por la generalidad de este sector profesional ya que hay también que aceptar la libertad de método o procedimiento, en los que no entrará a valorar el juez; su idoneidad y corrección debe ser emitida y



transmitida por los técnicos, peritos y médicos forenses intervinientes. Así “cuando la ejecución de las acciones se ajusta a las reglas del arte médico, media el consentimiento del paciente y no se trata de ningún caso excepcional, no ingresa al terreno del Derecho Penal ya que no cae dentro de las previsiones de una figura delictiva y –por ende- tampoco requiere justificación.” (Terragni, 39)

En el Ecuador la *lex artis* no consta en un solo cuerpo codificado, y esto resulta lógico después de saber que consisten en normas del arte de la medicina, que por la naturaleza de la actividad no son generales o absolutas, sino estas se pueden aplicar en casos concretos; así en el caso ecuatoriano podemos notar la existencia de la *lex artis* cuando en un proceso médico el facultativo de la salud toma aquellas decisiones acertadas y aplica un procedimiento o técnica adecuados al caso; si bien estos procesos o técnicas no necesariamente van a estar en un cuerpo normativo, sino dependerán también de la actualización del médico y de la adquisición de nuevos conocimientos científicos.

Yo considero que por múltiples factores en nuestro país no todos los médicos poseen una preparación óptima, en comparación de otros países de Latinoamérica; pues requerirían una constante actualización. En el arte de la medicina nunca se termina de adquirir conocimientos, ya que esta siempre está en constante avance, volviéndose una necesidad la actualización permanente.

CAPITULO III: EL DEBER OBJETIVO DE CUIDADO. ARTÍCULO 146 DEL C.O.I.P

3.1 Análisis del tipo penal

El Código Orgánico Integral Penal en su artículo 146 establece lo siguiente:

Artículo 146.- Homicidio culposo por mala práctica profesional.- La persona que al infringir un deber objetivo de cuidado, en el ejercicio o práctica de su profesión, ocasione la muerte de otra, será sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años.

El proceso de habilitación para volver a ejercer la profesión, luego de cumplida la pena, será determinado por la Ley.

Será sancionada con pena privativa de libertad de tres a cinco años si la muerte se produce por acciones innecesarias, peligrosas e ilegítimas.

Para la determinación de la infracción al deber objetivo de cuidado deberá concurrir lo siguiente:

1. La mera producción del resultado no configura infracción al deber objetivo de cuidado.
2. La inobservancia de leyes, reglamentos, ordenanzas, manuales, reglas técnicas o lex artis aplicables a la profesión.
3. El resultado dañoso debe provenir directamente de la infracción al deber objetivo de cuidado y no de otras circunstancias independientes o conexas.
4. Se analizará en cada caso la diligencia, el grado de formación profesional, las condiciones objetivas, la previsibilidad y evitabilidad del hecho.

Este artículo, previa su aprobación, causó polémica; sobre todo en el gremio de los médicos quienes salieron en varias ocasiones a las calles a protestar por su desacuerdo con el texto del mismo; afirmando que se convertiría en una cacería de brujas, muchos de estos profesionales renunciaron a sus cargos, bajo el argumento que de la manera en que se regulaba, es imposible ejercer la

actividad médica. Por su parte el oficialismo defendió la constitucionalidad del artículo, así como la necesidad social del respeto a su derecho a una salud segura y de calidad. A raíz de todos estos incidentes suscitados por la vigencia del Artículo 146 del COIP, el Ministerio de Salud Pública del Ecuador aclara en su página web: “que por ningún motivo éste artículo pone en riesgo el ejercicio profesional; pues, se le debe dar una adecuada interpretación, por ello señala que la redacción fue ampliamente discutida y analizada, contando para ello con los más altos representantes de los gremios de profesionales de la salud, reconocidos juristas, académicos y consultores de organismos internacionales” (Ministerio de Salud Pública, 1).

Kevin Matís Moris analizando el artículo sostiene que “La persona que al infringir un deber objetivo de cuidado, en el ejercicio o práctica de su profesión, ocasione la muerte... ¿El deber objetivo de cuidado encerrado en una norma penal? Así es, nuestro legislador transformó un criterio dogmático de interpretación de tipos culposos a un requisito legal para ciertos delitos (...) <primer error>. El riesgo de este suceso es tremendo debido a que al ser un concepto dogmático de interpretación de tipos culposos, de determinación de conductas debidas en hechos lesivos sin intención de estos resultados, son imposibles de entender descriptivamente con la lectura del tipo durante la interpretación de este; esto quiere decir que es un elemento normativo, que necesita ser valorado jurídicamente pues el juez a nivel típico, lo que puede terminar en dos posibles consecuencias: a) una interpretación abusiva de lo que es deber objetivo de cuidado por su misma característica de objetivo y la vaguedad del término en el tipo, o; b) una errada interpretación del mismo por carencia de recursos del juez” (Matís, 30).

Continuando con el análisis del presente artículo el mismo autor manifiesta que la pena se agrava “si la muerte se produce por acciones innecesarias, peligrosas e ilegítimas, (...) los mismos que deben de interpretarse valorativamente, y que cuyos significados aunque no jurídicos totalmente, explicamos en líneas anteriores. (...) Lo primero que podemos determinar es que la conducta del agente deberá de estar calificada con estos tres adjetivos

al mismo tiempo, ya que en ningún momento hace alguna disyunción, esto es, separación entre las palabras «innecesarias, peligrosas e ilegítimas» empleando recursos lingüísticos como la «o» o el «o» separando y admitiendo la posibilidad de acciones innecesarias, acciones ilegítimas o acciones peligrosas.

Es necesario que estos tres términos sean definidos, ya que la ley no lo hace y por ello queda como labor del juez realizar una operación lógica jurídica para darle contenido a estos términos, lo cual hasta cierto punto genera inseguridad jurídica, pues podría variar de caso a caso; así acciones innecesarias “serían entonces las que van en contra de la previsión racional de las relaciones causa efecto” (Diario el Mercurio, 1), según el diccionario necesario es lo que “se hace y ejecuta obligado por otra cosa, como opuesto a voluntario y espontáneo, y también de las causas que obran sin libertad y por determinación de su naturaleza” (Diario El Mercurio, 1).

Acciones peligrosas son aquellas que “caminan por el filo del riesgo o de la posibilidad de causar daño, y aquello es una constante en la medicina, y es más, a veces hay que correr el riesgo para salvar vidas” (Diario El Mercurio, 1), lo que hace evidente la dificultad de determinar una acción peligrosa en la medicina; es necesario recalcar que este término tampoco ha sido definido por la ley, y por ende quedará a criterio del juez dotarle de contenido. Y finalmente “lo legítimo hace referencia a lo que tiene origen limpio, cierto, conocido, con raíces claras, fuentes y finalidad bien conocidas. Por lo tanto, una acción médica ilegítima sería aquella oscura, incierta, injustificada que no guarda relación con la razón, la prudencia, la oportunidad y la realidad” (Diario El Mercurio, 2).

El Doctor Alfonso Zambrano Pasquel sostiene que la disposición del Art. 146 aprobado señala cuatro condiciones o requisitos que tienen que producirse para concluir que estamos frente a una violación del deber objetivo de cuidado. La figura simple de este artículo se configura (...) cuando se produce la muerte por una vulneración del deber objetivo de cuidado, en tanto que la

figura agravada (...) requiere que se produzca la muerte por violación del deber objetivo de cuidado, MÁS LA CONCURRENCIA de acciones innecesarias, peligrosas e ilegítimas. Esta es la manera correcta como se debe leer e interpretar el artículo de nuestro comentario” (Zambrano Pasquel, 3).

Ahora bien, es necesario explicar y analizar cada uno de los requisitos que el COIP señala para la configuración del tipo penal de Homicidio culposo por mala práctica profesional:

1.- La mera producción del resultado no configura infracción al deber objetivo de cuidado: “Es correcta la disposición del numeral 1 del Art. 146 aprobado que PROSCRIBE la peligrosa teoría de la responsabilidad por el resultado objetivo (responsabilidad penal objetiva). Antiguamente se pensó que el pilar de la culpa lo conformaba el resultado y que consecuentemente ausente el dolo, el resultado lesivo de un determinado bien jurídico a lo menos debía ser sancionado como culposo. Esto no es cierto, y lo que dice el COIP es que no basta la mera producción o causación de un resultado objetivo como es la muerte.” (Zambrano, 12), según el asesor de la Federación Médica, Ramiro García, este punto se refiere a que “si existe un resultado lesivo en una intervención quirúrgica que desembocó en la muerte del paciente, no implica que hubo una alteración al deber objetivo del cuidado” (Diario EL UNIVERSO, 1), para lo cual no debe tomarse en cuenta únicamente el resultado sino analizar detalladamente los hechos que provocaron el mismo.

En un sentido contrario al anteriormente citado, el autor Kevin Matís manifiesta “¿Qué tiene que ver la producción del resultado con la sola infracción al deber objetivo de cuidado? recordemos que en principio los delitos imprudentes son juzgados por la producción de un resultado lesivo infringiendo un deber objetivo de cuidado, es decir, infringir el deber objetivo de cuidado, permite que se realice con la conducta el resultado. Entonces esto nos indica que el deber objetivo de cuidado se infringe antes de que se produzca un resultado lesivo. En resumen ¿qué tiene que ver el resultado con el saber de cuando se infringe el deber objetivo de cuidado?” (Matís, 1).

2.- La inobservancia de leyes, reglamentos, ordenanzas, manuales, reglas técnicas o lex artis aplicables a la profesión: Zambrano Pasquel afirma que en el numeral 2 se aluden a las exigencias tradicionales de la culpa como son las leyes, reglamentos, ordenanzas, manuales de procedimiento, la lex artis que son las reglas técnicas que se exigen en una profesión, así, “el incumplimiento por parte del médico de las normas generales de su profesión; es decir, el no apego a los estándares básicos de la profesión, es una de las condiciones que debe concurrir con todas las otras para que se configure la infracción del deber objetivo de cuidado, pero no la única”. (Revista Caribeña De Ciencias Sociales, 25)

Sin embargo de lo expuesto, Kevin Matís Moris manifiesta que “el problema aquí es crítico. Una de las características de los tipos imprudentes es que son tipos penales abiertos por la complejidad de abarcar legalmente toda la universalidad de la conducta humana capaz de infringir un deber objetivo de cuidado. Además una de las ideas más rechazadas y criticadas en la doctrina es la que sostiene que sólo el infringir normas jurídicas y reglamentos de ejecución de conductas fundamentan la infracción al deber objetivo de cuidado. Tal es el ejemplo de los reglamentos de manejo o tránsito. Pero la inobservancia de estas normas jurídicas de control no es suficiente para determinar cuándo hay infracción al deber objetivo de cuidado, primero por la universalidad de la conducta humana y que además existen múltiples actividades no reglamentadas en las cuales se podrá infringir a este deber objetivo de cuidado. Con esto queremos decir que limitar la infracción al deber objetivo de cuidado a la sola violación de normas técnicas o de ejecución es insuficiente” (Matís, 1)

3.- El resultado dañoso debe provenir directamente de la infracción al deber objetivo de cuidado y no de otras circunstancias independientes o conexas: En este punto la infracción y deber objetivo de cuidado son dos elementos fusionados; al respecto el Profesor Alfonso Zambrano manifiesta que se alude a que el resultado sea consecuencia de la infracción del deber

objetivo de cuidado y no de otras circunstancias que incluye las ajenas o supervinientes, como podrían ser un accidente de tránsito mientras el paciente intervenido es conducido en una ambulancia, o el actuar temerario o imprudente del paciente que no tiene el cuidado debido en el pos operatorio; casos en los que no tiene por qué responder el médico.

En este punto, García Falconí explicó: “El médico debe responder por lo que hace, no por otras cosas. Es decir, pueden presentarse en una intervención otro tipo de complicaciones y eso no puede imputarse al médico”. (Diario EL UNIVERSO). A tal punto que “Si un paciente fallece por falta de insumos o medicamentos, infraestructura inadecuada, causas propias de la enfermedad o por características propias de la persona, no es responsabilidad del médico tratante” (Alcívar, 15)

Al respecto considero que es de fundamental importancia determinar correctamente la causa del hecho dañoso, pues a pesar de que el resultado haya sido fatal, para que se le pueda imputar la responsabilidad al médico deberá analizarse el caso en su totalidad, y si no se llegase a determinar la infracción al deber objetivo de cuidado, no existe responsabilidad alguna.

4.- Se analizará en cada caso la diligencia, el grado de formación profesional, las condiciones objetivas, la previsibilidad y evitabilidad del hecho: En este punto debe realizarse un análisis singular del caso, así al respecto el Doctor Alfonso Zambrano afirma que “se sienta el criterio (...) de que la determinación de la violación del deber objetivo de cuidado tiene que examinarse caso a caso, tomando en cuenta la diligencia que es sinónimo de actuar con el cuidado debido, el grado de formación profesional, pues al que más sabe más se le exige; las condiciones objetivas del caso, pues ante una emergencia o un estado de necesidad, como cuando se trata de un paciente con politraumatismos severos u otro caso similar, la situación amerita actuar ya y de inmediato. Aquí se trata de intervenir para evitar un resultado mayor que es fácilmente previsible. El análisis técnico de cada caso implica un proceso que precisa de la concurrencia de peritos especializados en función de la

naturaleza del caso. A estas condiciones ya citadas se suma que si la muerte del paciente se produce por “acciones innecesarias, peligrosas e ilegítimas”, la pena será de tres a cinco años de cárcel.

En mi opinión es totalmente acertado que se valore las condiciones y aptitudes del profesional de la salud para formar un criterio sobre la existencia o no de responsabilidad, sin embargo es totalmente lógico que un médico residente no debería realizar procesos complejos que son de competencia exclusiva del médico tratante, ya que si esto sucede es evidente que acarreará responsabilidad, no sólo a quien asumió las labores sin los conocimientos necesarios, sino también, para aquel que le delegó; pues resulta fundamental antes de cualquier procedimiento analizar los riesgos que puedan sobrevenir; pues si bien en la medicina cada caso es diferente, pudiendo existir complicaciones que resultan totalmente imposibles de prevenir; también existen otras que el médico perfectamente puede prevenir y tomar medidas de seguridad para evitarlos.

Sólo la sumatoria de estas cuatro condiciones abre la posibilidad del incumplimiento del deber objetivo de cuidado y con ello, la implicación de una responsabilidad penal.

3.2 Penas establecidas

El profesional de la salud, que dentro de un procedimiento quirúrgico, preventivo o de cualquier índole, relacionado con el ejercicio de su profesión; se haya determinado su responsabilidad por la producción no sólo de la muerte del paciente, sino de cualquier lesión o daño provocado en el mismo, será sujeto de una sanción proporcional con el daño causado; en palabras del Doctor José García Falconí “el principio de proporcionalidad presupone la ponderación de bienes jurídicos constitucionales y este sopesamiento asume la forma de un juicio de proporcionalidad de los medios, como principio para la delimitación y concretización de los derechos constitucionales, mediante el principio de proporcionalidad, se introducen las categorías de la antijuridicidad

y la culpabilidad en el derecho constitucional, de tal modo que la responsabilidad de los particulares, para su existencia requiere de un daño efectivo a los bienes jurídicos protegidos y no meramente una intención que se juzga lesiva; o sea que sólo la protección de bienes jurídicos realmente amenazados justifican la restricción de otros derechos y libertades, cuya protección igualmente ordena la Constitución. Por otro lado, la aplicación de la pena consagrada en la ley debe hacerse de acuerdo con el grado de culpabilidad del sujeto. Por lo tanto el principio de proporcionalidad, es necesariamente individual y el castigo impuesto debe causar simetría con el comportamiento y la culpabilidad del sujeto al que se imputa” (García, 1)

En resumen, “el principio de proporcionalidad, es la herramienta de ponderación entre las facultades de investigación y persecución de los órganos del sistema penal y los derechos constitucionales atinentes a las personas objeto de la acción de este sistema; o sea que el principio de proporcionalidad, es el equilibrio que debe mantenerse entre el derecho a castigar que tiene el Estado y los derechos de las personas” (García, 3).

La pena correspondiente a esta infracción, no sólo se encasilla en el ámbito penal, es decir una pena privativa de la libertad, sino también civil, con la que se pretende una indemnización reparativa ya sea al perjudicado directamente o a su familia; e incluso administrativa como es el caso de la suspensión de la licencia para ejercer la medicina. Es necesario aclarar y recalcar que estas sanciones no son excluyentes, es decir dependiendo del daño causado y las circunstancias pueden aplicarse las tres sanciones.

Nuestra Constitución en su artículo 54 establece lo siguiente: “Art. 54.- Las personas o entidades que presten servicios públicos o que produzcan o comercialicen bienes de consumo, serán responsables civil y penalmente por la deficiente prestación del servicio, por la calidad defectuosa del producto, o cuando sus condiciones no estén de acuerdo con la publicidad efectuada o con la descripción que incorpore. Las personas serán responsables por la mala práctica en el ejercicio de su profesión, arte u oficio, en especial aquella que ponga en riesgo la integridad o la vida de las personas”, lo cual evidencia que

en caso de existir mala práctica profesional, pero referido muy especialmente al ámbito de la salud, será sancionado. Estas sanciones están desarrolladas en la ley secundaria, que las explico a continuación.

Sanción Penal.

El COIP señala claramente que el facultativo a quien se le declare como autor y responsable del ilícito contemplado en el Art. 146, puede estar sujeto a una pena privativa de la libertad, que puede ir de uno a tres años, si al infringir un deber objetivo de cuidado en el ejercicio de su profesión ocasione la muerte de una persona.

Sin embargo, el profesional médico será sancionado con pena privativa de la libertad de tres a cinco años si la muerte se produce por acciones innecesarias, peligrosas e ilegítimas.

Así mismo, si como consecuencia de la infracción al deber objetivo de cuidado produce lesiones en su paciente, según el Art. 152 del mismo cuerpo legal, el facultativo será sancionado con pena privativa de libertad de un cuarto de la pena mínima prevista en cada caso; considerando que la pena varía dependiendo el grado de incapacidad producido.

El Art. 146 del COIP, refiere en su inciso segundo que “el proceso de habilitación para volver a ejercer la profesión luego de cumplida la pena, será determinado por la ley”, en este punto es necesario enfatizar, que aunque también la ley orgánica de la salud hace referencia a la inhabilitación profesional como sanción, hasta el momento no se ha desarrollado la ley que determine cuál sería el procedimiento para rehabilitarse, en concordancia con el Art. 65 del mismo cuerpo legal, que establece que “cuando el delito tenga relación directa con el ejercicio de la profesión, empleo u oficio de la persona sentenciada, la o el juzgador, en sentencia, dispondrá que una vez cumplida la pena privativa de libertad, se la inhabilite en el ejercicio de su profesión, empleo u oficio, por el tiempo determinado en cada tipo penal”; existiendo así un vacío referente al tiempo por el cual un médico, al ser sentenciado por mala práctica profesional, no podrá ejercer su profesión. Desde mi punto de vista, sería una vez que acredite la aptitud profesional para continuar en el ejercicio de la

misma, la cual podrá determinarse al someterle a un proceso de evaluación, en relación con la especialidad en la que se desempeña.

El COIP además contempla como pena y como derecho de la víctima la reparación integral, así el artículo 11 numeral 2 reza lo siguiente “**Artículo 11.- Derechos.-** En todo proceso penal, la víctima de las infracciones gozará de los siguientes derechos: 2. A la adopción de mecanismos para la reparación integral de los daños sufridos que incluye, sin dilaciones, el conocimiento de la verdad de los hechos, el restablecimiento del derecho lesionado, la indemnización, la garantía de no repetición de la infracción, la satisfacción del derecho violado y cualquier otra forma de reparación adicional que se justifique en cada caso.” En concordancia el mismo cuerpo legal señala “**Artículo 77.- Reparación integral de los daños.-** La reparación integral radicará en la solución que objetiva y simbólicamente restituya, en la medida de lo posible, al estado anterior de la comisión del hecho y satisfaga a la víctima, cesando los efectos de las infracciones perpetradas. Su naturaleza y monto dependen de las características del delito, bien jurídico afectado y el daño ocasionado.

La restitución integral constituye un derecho y una garantía para interponer los recursos y las acciones dirigidas a recibir las restauraciones y compensaciones en proporción con el daño sufrido.” Este tema lo desarrolla el “**Artículo 78.- Mecanismos de reparación integral.-** Las formas no excluyentes de reparación integral, individual o colectiva, son:

1. La restitución: se aplica a casos relacionados con el restablecimiento de la libertad, de la vida familiar, de la ciudadanía o de la nacionalidad, el retorno al país de residencia anterior, la recuperación del empleo o de la propiedad así como al restablecimiento de los derechos políticos.
2. La rehabilitación: se orienta a la recuperación de las personas mediante la atención médica y psicológica así como a garantizar la prestación de servicios jurídicos y sociales necesarios para esos fines.
3. Las indemnizaciones de daños materiales e inmateriales: se refieren a la compensación por todo perjuicio que resulte como consecuencia de una infracción penal y que sea evaluable económicamente.

4. Las medidas de satisfacción o simbólicas: se refieren a la declaración de la decisión judicial de reparar la dignidad, la reputación, la disculpa y el reconocimiento público de los hechos y de las responsabilidades, las conmemoraciones y los homenajes a las víctimas, la enseñanza y la difusión de la verdad histórica.

5. Las garantías de no repetición: se orientan a la prevención de infracciones penales y a la creación de condiciones suficientes para evitar la repetición de las mismas.

Se identifican con la adopción de las medidas necesarias para evitar que las víctimas sean afectadas con la comisión de nuevos delitos del mismo género.”

Sobre la reparación a las víctimas los artículos Arts. 619, numeral 4; 621; 622 numeral 6; y, 628 del Código Orgánico Integral Penal establecen que si se ha declarado la culpabilidad y la pena, el juzgador dispondrá la reparación integral de la víctima siempre que ésta sea identificable, debiendo la sentencia ser motivada y tener claridad en la determinación del monto económico que pagará la persona sentenciada a la víctima. La sentencia establecerá las pruebas que hayan servido para la cuantificación de los perjuicios, la Doctora Mariana Yépez Andrade manifiesta que “en definitiva toda sentencia condenatoria contemplará la reparación integral de la víctima, con la indicación de las medidas por aplicarse, los tiempos de ejecución y las personas o entidades públicas o privadas obligadas a ejecutarlas. El proceso penal ha sido configurado para establecer la existencia del delito y la responsabilidad de los partícipes en ese hecho, y actualmente el Código Orgánico Integral Penal, consagra otra finalidad del proceso, cual es la reparación integral de la víctima, por lo que el pago de los daños producidos por efecto del delito ya no es un tema ajeno al debate procesal, ni se requiere de otro proceso civil, de carácter independiente y posterior a la sentencia condenatoria.” (Yépez, 3)

Sanción Civil.

Como lo sostiene Andrea Vásquez, en su tesis previa a la obtención del título de Doctora en Jurisprudencia y Abogada de los Tribunales, titulada “La mala práctica médica en el Ecuador”; “la responsabilidad de los médicos se encuadra dentro del concepto de responsabilidad general común a todos los

individuos, es decir, responde al igual que cualquier persona por sus actos; por lo que si le es imputable un daño debe repararlo” (Vásquez, 50).

Christian Piedra afirma que “es importante señalar también que, de la relación contractual o extracontractual médico paciente, nacen obligaciones y se crean derechos recíprocos entre las partes y, es por ello que, el régimen jurídico civil justamente prevé la posibilidad de demandar una indemnización de daños y perjuicios como consecuencia lógica de la reparación de un daño ocasionado por un acto médico” (Piedra, 35).

Particularmente en el título de los delitos y cuasidelitos de nuestro Código Civil, abarca las normas que en el campo de lo civil se refieren a cuando una persona es responsable de daño y la reparación del mismo, sin embargo de esto considero que muchas de las disposiciones contenidas en este título son caducas y por tanto resultan inaplicables en los casos actuales.

En concordancia con lo expuesto el Art. 2214 del Código Civil Ecuatoriano señala: “El que ha cometido un delito o cuasidelito que ha inferido daño a otro, está obligado a la indemnización; sin perjuicio de la pena que le impongan las leyes por el delito o cuasidelito”.

Es preciso señalar que si el hecho es ilícito y cometido con intención de dañar, nos enmarcamos dentro del delito; pero si al hecho es imputable únicamente culpa, o sus variaciones como negligencia, impericia, entre otros y cometido sin intención de dañar, estamos frente al cuasidelito. Si bien, ambos conceptos son similares en el ámbito penal, la diferencia está en lo civil, pues en lo penal ambas conductas implican una pena privativa de la libertad, mientras que en materia civil conducen a la finalidad de conseguir una reparación económica.

En relación al artículo citado, dentro del mismo cuerpo normativo tenemos el Art. 2232 referente a la demanda de indemnización por daño moral, que señala que: “(...) podrá también demandar indemnización pecuniaria a título de reparación, quien hubiere sufrido daños meramente morales, cuando tal indemnización se halle justificada por la gravedad particular del perjuicio sufrido y de la falla.

Dejando a salvo la pena impuesta en los casos de delito o cuasidelito, están especialmente obligados a ésta reparación (...) quienes causen lesiones, cometan violación, estupro o atentados contra el pudor, provoquen detenciones o arrestos ilegales o arbitrarios, o procesamientos injustificados y, en general, sufrimientos físicos o síquicos como angustia, ansiedad, humillaciones u ofensas semejantes.

La reparación por daños morales puede ser demandada si tales daños son el resultado próximo de la acción u omisión ilícita del demandado, quedando a la prudencia del juez la determinación del valor de la indemnización atentas a las circunstancias, previstas en el inciso primero de este artículo”.

Sanciones administrativas.

“Éste reparo nada tiene que ver con la sanción penal ni civil. La pena puede comprender desde apercibimiento/amonestación hasta la inhabilitación. La sanción es un medio indirecto con la que cuenta la administración para mantener la observancia de las normas, restaurar el orden jurídico violado y evitar que puedan prevalecer los actos contrarios al derecho” (Vázquez, 45). Es decir, que en este caso de comprobarse la infracción, “procede la amonestación verbal, censura escrita, suspensión temporal en el goce de los derechos del afiliado, expulsión del Colegio Médico Provincial; lo cual conlleva a la separación del cargo que estuvo desempeñando el médico” (García, 184).

Andrea Vázquez sostiene que “para que exista la responsabilidad administrativa, no es preciso que se demuestre la existencia de la culpa, pues es suficiente con que conste una lesión antijurídica individualizable, efectiva y evaluable económicamente para que la administración o el profesional de la salud deban responder por el daño producido; y en este caso proceden las sanciones contempladas en la Ley y en el Código de Ética.” (Vásquez, 42)

El trámite administrativo para sancionar a los médicos se encuentra regulado en los artículos del 20 al 29 del Reglamento a la Ley de Federación Médica Ecuatoriana; cuyo artículo 30 señala: “Que no pueden ser miembros de los organismos de la Federación: ...c) Quien haya sufrido en los últimos cinco años sanciones a la conducta profesional de suspensión en el ejercicio profesional o

expulsión de un Colegio Médico Provincial”; además de las ya señaladas en el Código de Ética Médica, como son la amonestación verbal, la censura escrita, la expulsión del colegio, etc. De la misma manera, el artículo 29 de esta misma ley señala los derechos de los miembros de los Colegios Médicos Provinciales; entre ellos el literal b) dispone “Ser oídos por el Tribunal de Honor y por los de primera y segunda instancia, como acusadores, acusados y cuando presenten su propio caso”.

En cuanto al Tribunal de Honor, El Art. 22 de la Ley de Federación Médica Ecuatoriana señala: “El Tribunal de Honor es el organismo provincial encargado de conocer y juzgar la conducta del médico, afiliado o no en el ejercicio de su profesión, sin perjuicio de las acciones civiles y penales a que hubiere lugar, de conformidad con las leyes”.

El Art. 24 de la misma Ley, señala que el “Tribunal de Honor debe juzgar la conducta profesional de los médicos afiliados o no, y emitir su fallo en el plazo no mayor de 60 días en los siguientes casos:

- a)** Quebrantamiento del Código de Ética Profesional;
- b)** Negligencia en el cumplimiento de la práctica profesional; y
- c)** Divergencia entre médicos, en relación con sus deberes profesionales...”.

Cuando existe una sentencia penal condenatoria, el Art. 26 de la Ley de Federación Médica codificada prevé que “El Tribunal de Honor suspenderá el ejercicio de la profesión médica al o a los profesionales que tengan sentencia ejecutoriada por delitos relativos al ejercicio de la profesión médica. El o los afiliados sancionados con suspensión o expulsión no podrían afiliarse a otro Colegio Médico. La suspensión tendrá relación con la gravedad del delito”, así lo señala la reforma publicada en el Registro Oficial No. 211 del 14 de junio de 1989.



3.3 Riesgo Permitido

Es necesario partir reflexionando que la interacción cotidiana en sociedad lleva implícito un sinnúmero de riesgos, de los que no puede hacerse cargo el derecho penal, en virtud de que son riesgos necesarios para el desarrollo social e inherentes a la convivencia, así “más allá de las definiciones normativas y los eventuales daños producidos, existe un conjunto indefinido de acciones, en el marco del funcionamiento de la sociedad que, a pesar de que generan un cierto riesgo de lesión de bienes jurídicos que son efectivamente protegidos por el Derecho penal, no deben ser sancionadas. La razón es simple: desde el punto de vista de un análisis de costo y beneficio la prohibición de esas conductas no es, de ningún modo, recomendada; se cree que la anulación social de esas conductas traería una serie enorme de consecuencias disvaliosas para la comunidad. La existencia de riesgos no es evitable, sino que sólo puede ser administrada de modo que se generen opciones favorables, en el marco de las cuales cierto nivel de riesgo genera decididamente “provecho social””. (Rusconi, 74). De este modo “las personas cuando actúan lo hacen conociendo que el estado normal de desarrollo de la vida en sociedad se encuentra en el ámbito de una serie de actividades riesgosas, todas las cuales son precisamente necesarias para el desarrollo en comunidad. Si así no ocurriera, simplemente no se podría llevar a cabo la gran mayoría de las actuaciones sociales. (...) de allí entonces que la realización de ciertas conductas no pueden ser típicas aun cuando se realice en ellas un tipo penal en cuanto no han sido suficientes en sí para crear un riesgo que se realice en un resultado”. (Reyes, 3)

Maiwald señala que “actualmente está reconocido de manera general que, en el Derecho Penal, el “riesgo permitido” cumple el papel de excluir la punibilidad. Hay casos en los cuales es lícito poner en peligro un bien jurídico, cuando están en juego determinados valores cuyo precio es, justamente, la puesta en peligro de un bien jurídico. Y si, en un caso de esa índole, la puesta en peligro lícita de un bien jurídico, desemboca en una lesión, entonces, el autor no puede ser penado en razón de la licitud de su conducta” (Maiwald, 26), así mismo de forma coincidente Reyes Alvarado señala que “cuando una actividad se

desarrolla dentro de un riesgo socialmente visto como permitido, no puede dar lugar a reproche jurídico, de ninguna naturaleza, aún en el evento de que se generen lesiones a particulares (Reyes Alvarado, 92); sin embargo “del mismo modo que hay riesgos tolerables, existen también riesgos no permitidos, esto es, riesgos que sobrepasan la cota de lo normalmente permisible en esa Sociedad, en función de las expectativas de cada lugar y de cada momento. La creación o la no neutralización de esos riesgos sí genera una responsabilidad” (Reyes, 1)

Para Silva Sánchez “el concepto de riesgo permitido expresa una ponderación de los costes y beneficios de la realización de una determinada conducta. Pero también es evidente que tal cálculo depende de una valoración previa, en la que necesariamente habrá de incluirse como premisa mayor la auto comprensión de la sociedad y el orden relativo de valores (o preferencias) en que aquella se plasme (...) Así, la disminución de los niveles de riesgo permitido es producto directo de la sobrevaloración esencial de la seguridad frente a la libertad de acción” (Silva Sánchez, 36), de esta opinión doctrinaria desprendemos que los límites del riesgo permitido no serán los mismos en todo el mundo, sino que estos varían de sociedad en sociedad. Al respecto García manifiesta que “la concreción del riesgo prohibido constituye un proceso de determinación sobre la base de normas jurídicas, normas técnicas y reglas de la prudencia que rigen en los sectores sociales en los que actúa el ciudadano que realiza la conducta riesgosa” (García, 332), de modo que “el ordenamiento jurídico admite o tolera en forma genérica ciertas actividades que encierran peligros, pero no admite las imprudencias que se puedan producir en el marco de dichas actividades. Es decir, sólo admite el ejercicio correcto de ciertas actividades o profesiones que encierran peligros.” (Feijoo, 192)

Cancio Meliá que indica que debe entenderse el “riesgo permitido” como “aquella institución dogmática que determina el “estado de interacción normal” en el trato de determinados riesgos (...) e implica la legitimación de espacios de libertad de actuar generales, en cuanto elemento del tipo objetivo de los

delitos dolosos e imprudentes” (Cancio, 75), esta afirmación incluye el riesgo permitido como parte o elemento del tipo, mas esta concepción ha sido rebatida doctrinariamente por otra corriente encabezada por Schunemann quienes sacan esta figura del tipo penal y la ubican en la antijuridicidad, sosteniendo que “si los supuestos que se suelen ubicar bajo la rúbrica del “riesgo permitido” quedan excluidos del ámbito jurídico-penal, ello sucede en función de una ponderación de intereses que pertenece a la antijuridicidad (Schunemann, 70).

Por lo expuesto esta figura del riesgo permitido es totalmente necesaria, así como su correcta regulación en toda sociedad, pues como manifiesta el Doctor Alfonso Zambrano Pasquel: “Si en toda manifestación social se hubieren de considerar todas las posibilidades y probabilidades desde el punto de vista cognitivo simplemente se paralizaría toda actividad de la sociedad desde la (...)intervención quirúrgica por la posibilidad de que el paciente no soporte la operación o tenga problemas post operatorios” (Zambrano Pasquel, 5)

Considero que es totalmente necesario el comprender la diferencia o incluso la barrera si así lo podemos llamar, entre el riesgo permitido y el riesgo prohibido, pues sería la clave para saber a ciencia cierta cuando se podría estar frente a una responsabilidad penal; además porque constituye el límite entre la conducta penalmente relevante y la permitida por la ley. Es claro que toda actividad humana implica un riesgo, lo cual es totalmente inherente a nuestro diario vivir, sin embargo la exageración de este riesgo desencadena responsabilidad penal a quien lo provocó. En la actividad médica, el profesional que conociendo los riesgos en la salud del paciente no toma las medidas de precaución necesarias, expone al paciente a un riesgo prohibido.

3.4 Imputación Objetiva

Esteban Righi anota que “la ciencia siempre ha entendido que en el mundo fenomenológico, es decir, en el plano fáctico, real, a toda causa le sigue o tiene un resultado, y este es el principio de causalidad, y al nexo que une dicha

causa con el resultado se llama relación de causalidad. Anota que pese a ser un tema polémico en ciencias naturales y filosofía, los juristas utilizaron un concepto tradicional de causalidad para establecer un presupuesto básico que permitiera atribuir un resultado determinado (el efecto) al comportamiento del autor (la causa)” (Righi, 15), en base a este presupuesto se fundamenta la denominada teoría de la imputación objetiva, que “ha sido desarrollada sobre todo teniendo como ejemplo los delitos imprudentes, que en nuestra legislación son los denominados delitos culposos. Uno de sus postulados centrales dice: “para una sanción por imprudencia es necesario, primero, que el autor haya creado un riesgo no permitido, y segundo, que este riesgo se haya realizado contraviniendo la finalidad de protección de la norma transgredida” (Roxin, 34). Así Manuel A. Abanto Vásquez, sostiene que “desde hace algún tiempo y después de múltiples intentos por solucionar los problemas manipulando la teoría de la causalidad, la doctrina ha venido considerando la necesidad de agregar una exigencia más de carácter normativo (no prevista expresamente en la ley) dentro de la tipicidad. Nos estamos refiriendo a la imputación objetiva, según esta teoría ‘para que un determinado comportamiento pueda ser entendido como que realiza el tipo, no basta la realización material del mismo, sino que es preciso que dicha realización material sea imputable jurídicamente a aquel comportamiento’. (Abanto, 72)

Según Roxín la imputación al tipo objetivo tiene que realizarse según dos principios relacionados entre sí: “a) Un resultado causado por el actor sólo debe ser imputado al tipo objetivo cuando la conducta del autor ha creado un peligro para el objeto de la acción no cubierto por el riesgo permitido, y ese peligro se ha realizado también en el resultado concreto... Mientras que la ausencia de la creación de un peligro lleva a la impunidad, la falta de realización del peligro en una lesión típica del bien jurídico sólo tiene por consecuencia la desaparición de la consumación, de tal manera que, dado el caso, puede imponerse una sanción penal por tentativa” (ROXIN, 91), y “b) Generalmente es imputable el resultado cuando constituye la realización de un peligro creado por el autor, de tal manera que se completa el tipo objetivo. Pero



aun así puede excepcionalmente negarse la imputación cuando el radio de acción del tipo no incluye el impedir tales peligros y sus efectos... Resumiendo se puede decir, entonces, que la imputación al tipo objetivo presupone la realización de un riesgo creado por el autor, no cubierto por un riesgo permitido y que se encuentra dentro del radio de acción del tipo”(ROXIN,92).

Esta teoría tiene una estrecha vinculación con el riesgo permitido pues “La sola causación de un resultado adecuada o dolosa es insuficiente para fundamentar por sí sola la imputación. La causación solamente afecta el lado cognitivo de lo acontecido sin ningún aporte social” (ROXIN, 40), pues “la responsabilidad jurídico- penal siempre tiene como fundamento el quebrantamiento de un rol” (Jakobs, 72)

Así al respecto Jakobs, sostiene que “las garantías normativas que el derecho establece no tienen como contenido el que todos intenten evitar todos los daños posibles, sino que adscriben a determinadas personas que ocupan determinadas posiciones en el contexto de interacción – y no a todas las personas- determinados cometidos, es decir, aseguran estándares personales, roles que deben ser cumplidos; con lo dicho creo que queda claro lo que es objetivo en la imputación objetiva del comportamiento: se imputan las desviaciones respecto de aquellas expectativas que se refieren al portador de un rol. No son decisivas las capacidades de quien actúa, sino las de un portador de rol, refiriéndose la denominación rol a un sistema de posiciones definidas de modo normativo, ocupado por individuos intercambiables; se trata por tanto, de una institución que se orienta con base en personas (Jakobs, 30). Al respecto Zambrano Pasquel sostiene que “admitiendo que hay dos clases de roles, el que llama roles especiales que cuando adquieren relevancia jurídica, siempre son segmentos referidos a personas como en la relación de padres a hijos, que deben formar una comunidad. Los titulares de estos roles al quebrantarlos deben responder como autores. En el otro grupo están los roles comunes, que aluden al rol de comportarse como una persona en derecho, es decir el de respetar los derechos de los demás como contrapartida al ejercicio de los derechos propios” (Zambrano, 4). Igual criterio sostiene Roxin, quien

afirma que existen dos grandes grupos de posición de garantes: “La asunción de una función de protección y el deber de control de fuentes de peligro. El primer caso se presenta por ejemplo en la relación de los padres con sus hijos o de los médicos con sus pacientes. Es propio de cada relación de protección el deber de apartar peligros para los protegidos. El segundo caso se basa en el razonamiento según el cual la creación de riesgos trae consigo el deber de evitar consecuencias dañosas que de ella podrían derivarse. Pues, de otro modo, el Estado no podría cumplir con su tarea fundamental de brindar seguridad a los ciudadanos. Así por ejemplo quien administra una fábrica química tiene que prever que la población no sea dañada mediante explosiones o gases venenosos. Si el omite tomar las medidas de seguridad necesarias tendrá que responder por las consecuencias producidas” (Roxín, 250).

De lo expuesto colegimos, que para efecto de la imputación de la responsabilidad, aparte de los puntos analizados lo que se tomará en cuenta y se examinará “es si el actor o sujeto no se apartó de su rol en función del cargo, empleo o actividad que desempeña en una sociedad de riesgo, es decir el riesgo socialmente permitido” (Zambrano, 6), el mismo autor nos ilustra con un ejemplo “Esto es perfectamente aplicable para quienes transporten drogas ilegales sin conocimiento, pues estaríamos frente a un error de tipo, pues falta el dolo que es el querer de un resultado típico, y ante la inexistencia de un actuar en forma consciente y voluntaria, esto es con conocimiento o representación, y con la intención de la adecuación de la conducta al acto típico, el acto no será típico por ausencia del dolo”(Zambrano, 7)

Actualmente el Código Orgánico Integral Penal recoge esta teoría, y queda evidenciado incluso en la redacción del anteriormente citado artículo 146 del COIP, pues lo que nos dice es que no basta la mera producción de un resultado que se encasille en el tipo penal, sino que el médico debió haber expuesto al paciente a un riesgo innecesario, que puede ser provocado por una conducta negligente, imprudente, imperita o inobservar reglamentos y normas; pero además de ello debe existir el nexo causal entre la acción del médico con el resultado antijurídico. Lo fundamental ya no es la conducta en sí



del médico, sino determinar quién provocó el riesgo prohibido, que muchas veces puede incluso ser el mismo paciente.

El COIP evidencia esta teoría, además del artículo ya citado, en los artículos del 22 al 29, y al estar vigente ya es deber fundamental de los jueces aplicar las nuevas teorías que recoge este código; sin embargo de aquello, es difícil determinar la correcta o errónea aplicación, debido a que estos casos hasta el momento, en su mayoría no llegan a una sentencia.

En mi opinión es adecuada la aplicación de esta concepción en materia penal, ya que al menos en teoría se estaría armonizando el código penal con la Constitución, sin embargo lo digo teóricamente, porque lo fundamental no es la existencia de leyes sino el respeto a las mismas por parte de los fiscales y jueces de garantías penales, especialmente; ya que si esto no acontece seguiremos teniendo procesos injustos e infundados, así como personas inocentes pagando una pena.

CONCLUSIONES

Luego de la realización del presente trabajo de investigación, he llegado a las siguientes conclusiones:

- La idea es totalmente clara, que la intención del legislador nunca fue perseguir a los médicos, como en múltiples ocasiones miembros de este gremio lo han manifestado. Considero que fue totalmente necesario introducir este tipo penal, que si bien ya existía algo relacionado en el código penal anterior, a partir de la vigencia del Código Orgánico Integral Penal, este tiene plena vigencia, y pienso que contribuye al establecimiento de relaciones mucho más claras entre médico y paciente.
- En mi opinión este tipo penal brinda mayor seguridad a los pacientes, y como tal usuarios del servicio de salud, pues si bien no podemos generalizar, a lo largo de los años han existido múltiples casos de negligencia médica que han quedado totalmente en la impunidad; lastimosamente en ocasiones la importancia o finalidad del servicio salud, se ha transformado únicamente a un rubro monetario, lo cual creo que por la naturaleza y sensibilidad de la actividad médica es imposible de concebir; al estar vidas humanas de por medio considero que la humanidad del médico es un punto crucial dentro del desarrollo de la relación médico y paciente.
- Debemos tener claro que la responsabilidad por mala práctica, constante en el artículo 146 del COIP, no está dirigida únicamente a los profesionales de la salud; sino a toda persona que en el ejercicio de su profesión, cualquiera que esta sea, que cause un daño a otra persona por violar el deber objetivo de cuidado. De este modo tranquilamente un abogado podría ser procesado por este tipo penal, con lo que estoy muy de acuerdo, pues lamentablemente en la administración de justicia existen defensas realizadas por los profesionales del derecho que dejan

mucho que desear, violentando así incluso un derecho constitucional que es a la adecuada defensa técnica.

- El deber objetivo de cuidado se entiende como la manera correcta en que una persona, o en este caso un profesional está llamado a actuar, empleando los conocimientos especializados requeridos, observando y respetando el cumplimiento de leyes, etc; mas esta infracción debe ser analizada en cada caso con suma atención, pues no por la producción del hecho penalmente sancionado, implica la responsabilidad del médico, por ejemplo; sino es necesario analizar y determinar el nexo causal entre la actuación imprudente, negligente o imperita del médico y la producción de la muerte del paciente, ya que sólo de esta forma se determinará la responsabilidad del profesional.
- Si bien el médico y sus conocimientos juegan un papel preponderante, el Estado a su vez también debe cumplir un rol fundamental no sólo respecto a la infraestructura en la construcción de hospitales, sino con el debido y adecuado equipamiento de cada uno, los medicamentos necesarios e incluso con los profesionales que por méritos deban desempeñarse como tal dentro de las instituciones públicas. Lamentablemente en el último tiempo se ha observado, que si bien el número de hospitales construidos se ha incrementado y estos son modernos, no todos cuentan con el equipo necesario o si lo cuentan están dañados, o no existe un profesional que lo sepa utilizar; mientras tanto no todos los usuarios que necesitan de ese servicio cuentan con los recursos, especialmente económicos para acudir a centros de salud privados, y en este punto se está violentando un principio garantizado por la Constitución, que es la gratuidad de la salud a todos los habitantes del Ecuador.
- Un inconveniente considero que por la naturaleza de la actividad médica es el posible uso indebido de esta figura jurídica, pues el dolor de perder a un ser querido siempre es muy profundo y sentido por todos, pero



talvez no de la misma manera; y este sufrimiento puede llevar a que injustificadamente se denuncien casos de mala práctica médica, y a pesar que procesalmente se determine como infundada dicha denuncia, el daño que el médico sufriría es incalculable, pues su reputación y profesionalismo se pondría en tela de duda, lo que no conllevaría únicamente un perjuicio económico, sino incluso psicológico; pues el tener que afrontar un juicio no es sencillo y dependiendo la susceptibilidad de cada persona puede afectar en mayor grado. En este punto todas las personas como usuarios de un servicio de salud, debemos mantenernos claros que ninguna persona estudia una carrera para causar daño a alguien.

BIBLIOGRAFIA

- Lara, Federico. **“Código de Hammurabi; estudio preliminar, traducción y comentarios”**. Editorial Tecno, Madrid. 1986.
- Terragni, Marco Antonio. **“El Delito Culposo en la Mala Praxis Médica”**. Buenos Aires, Rubinzal – Culzoni Editores, 2003
- Iraola, Nora. Gutiérrez Hernán. **“Responsabilidad médico-legal y Mala Praxis”**. Internet. <http://www.geosalud.com/malpraxis/malapraxis.htm>. Acceso: 21 agosto 2015.
- Tamayo Martínez, Jimena, **“La relación médico paciente y la mala praxis médica”**. Novedades Jurídicas, Ediciones Legales, febrero 2007
- Cutler, Paul. **“Cómo solucionar problemas en clínica médica”**. Río de Janeiro. Edit. Guanabara Koogan.
- De Lorenzo, Ofelia. **“El concepto de tratamiento médico a efectos penales: distinción entre falta y delito”**. Internet. <http://www.redaccionmedica.com/opinion/el-concepto-de-tratamiento-medico-a-efectos-penales-distincion-entre-falta-y-delito-4580>. Acceso: 10 septiembre 2015.
- Ilizástigui Dupuy, Fidel. **“El método clínico: muerte y resurrección”**. Rev Cubana Educación Médica Superior. 2000
- García, Marco. **“La responsabilidad civil del médico en el Ecuador”**. Internet. http://www.bioetica.org.ec/articulos/articulo_responsabilidad_civil.pdf. Acceso: 15 septiembre 2015
- Herazo, Benjamín. **“Consentimiento Informado para procedimientos, intervenciones y tratamientos en salud”**. Editorial ECOE. Bogotá. Colombia. 2007.
- Magallon, José María. **“LA RESPONSABILIDAD PROFESIONAL DE LOS MÉDICOS”**. Biblioteca Jurídica Virtual. Internet.



<http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/derpriv/cont/1/dtr/dtr4.htm>.
Acceso: 30 septiembre 2015

- Garay, Oscar Ernesto. ***“Tratado de responsabilidad civil en las especialidades médicas”***. Buenos Aires: Errepar. 2009
- Código Internacional de ética Médica. 1994.
<http://www.wma.net/es/30publications/10policies/c8/>
- Abrales, Sandro. ***“Lineamientos dogmáticos generales sobre la tipicidad imprudente en la moderna doctrina penal española”***. Revista de derecho penal, delitos culposos ii, director Edgardo Donna, Rubinzal Culzoni editores, Santa Fe, 2003
- Zaffaroni Eugenio, Alagia, Alejandro, Slokar Alejandro; ***“Tipo Activo Culposo”*** MANUAL DE DERECHO PENAL, parte general, ,Ed. Ediar, Cap. Federal, mayo 2006.
- Montanelli, Norberto. ***“Responsabilidad Criminal Médica”***. Buenos Aires. 2005
- Gómez Pilar. ***“Tratamientos médicos: su Responsabilidad Penal y Civil (3ª Edición)”***. España. Bosch S.A. 2013
- Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española. Internet. Real Academia Española <http://lema.rae.es/drae/srv/search?key=especialista>. Acceso: 15 octubre 2015
- Montero Ruiz, E., Hernández Ahijado, F., García Sánchez, J. ***“Reflexiones sobre el papel del médico en la guardia intrahospitalaria”***. Madrid. España. 2008.
- Altavilla, Enrico. ***“La culpa, el delito culposo, sus repercusiones civiles, su análisis psicológico”***. Temis, Bogotá. 1978
- Meincke, M. J. ***“La Mala Praxis Médica, Relaciones entre ética, derecho y medicina”***. Buenos Aires. 2001

- Molina Arrubla, C.M. **“Actividad Médica”**. Biblioteca Jurídica Diké. Medellín, 1998.
- Hava Garcia, Esther, **“Responsabilidad penal por mala praxis médica. La determinación del cuidado exigible al personal sanitario”**. Revista De Derecho Penal, Delitos Culposos I, director Edgardo Donna, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe. 2002.
- Romeo Casanoba, Carlos Maria; “La Responsabilidad Penal Del Médico por mala práctica profesional” en Revista De Derecho Penal, delitos culpables II, Director Edgardo Alberto Donna, Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fe. 2003
- Diario “EL UNIVERSO”. **“Interpretación de art. 146 del COIP abarcaría siete elementos”**. Internet. Sábado 1 de febrero de 2014. <http://www.eluniverso.com/noticias/2014/02/01/nota/2116896/interpretacion-art-146-abarcaria-siete-elemento> . Acceso: 16 octubre 2015.
- Alcivar Trejo, Carlos. Calderón Cisneros, Juan. Arellano Arcentales, Ana. **“EL ARTÍCULO 146 DEL COIP, LOS MEDICOS Y EL IMPACTO SOCIO-POLITICO EN EL ECUADOR. CON LAS NUEVAS PENALIZACIONES POR NEGLIGENCIA MÉDICA”**. Revista Caribeña de Ciencias Sociales. Internet. <http://xn--caribea-9za.eumed.net/penalizaciones-negligencia-medica/>. Acceso: 17 octubre 2015
- Rodríguez Tapia, Beatriz. **“ANÁLISIS JURÍDICO DEL TIPO PENAL DE HOMICIDIO CULPOSO POR MALA PRÁCTICA PROFESIONAL DEL MÉDICO EN EL CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL”**. Internet: <http://repositorio.uide.edu.ec:8080/bitstream/37000/708/1/T-UIDE-0634.pdf>. Consulta 24 octubre 2015.
- Matís Moris, Kevin. **“El peligroso deber objetivo de cuidado en el COIP”**. Revista Hablemos de Derecho, viernes 12 de diciembre de 2014. Internet: <http://iuskevinmatiasmoris.blogspot.com/2014/12/el-peligroso-deber-objetivo-de-cuidado.html>. Acceso: 29 octubre 2015.
- Piedra, **Christian**. **“Mala práctica médica”**. Internet. <http://es.scribd.com/doc/224605233/Mala-Practica-Medica> Acceso: 03 junio 2015.
- Vázquez Andrea. **“La mala práctica médica en el Ecuador”**. Tesis previa a la obtención del Título Doctora en Jurisprudencia y Abogado de

los Tribunales de Justicia de la República del Ecuador. Universidad del Azuay. Cuenca – Ecuador. 2007.

- Rusconi, Maximiliano A. **“Cuestiones de imputación y responsabilidad en el Derecho penal moderno”**. Buenos Aires, Argentina, 1997.
- Maiwald, Manfred. **“De la capacidad de rendimiento del concepto de “riesgo permitido” para la sistemática del Derecho penal”**; Universidad Externado de Colombia; Bogotá, Colombia. 1998
- Silva Sánchez, Jesús María. **“La expansión del Derecho penal”**; B de F, Montevideo, Buenos Aires; 2ª Edición, 2008.
- Reyes Alvarado, Yesid. **“Imputación Objetiva”**. Santa Fe de Bogotá - Colombia, 2da Ed, Editorial Temis S.A. 1996
- Reyes Veliz, Jorge **“Riesgo permitido”**. Internet: <http://derechopenalmarginal.blogspot.com/2013/05/riesgo-permitido.html>. Acceso: 24 octubre 2015.
- Feijoo Sánchez, Bernardo. **“Imputación objetiva en Derecho penal”**. Grijley, Lima, Perú. 2002.
- Cancio Meliá, Manuel. **“Líneas básicas de la teoría de la imputación objetiva”**. Ángel Editor; México, 2001.
- Schunemann, Bernd. **“Aspectos puntuales de la dogmática jurídico-penal”**. Universidad Santo Tomás, Bogotá, Colombia. 2007.
- Rudolphi, Hans-Joachim. **“Causalidad e imputación objetiva”**. Traducido por López Díaz. Colección de Estudios nº 13. Edit. Universidad Externado de Colombia. 1998.
- Franco Loor, Eduardo. **“ESTUDIO DE LA TEORÍA DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA EN DERECHO PENAL”**. Internet: http://www.revistajuridicaonline.com/images/stories/revistas/2011/29/29_217a264_estudiodelateoria.pdf. Acceso: 30 octubre 2015.
- ROXIN Claus. **“La imputación objetiva en el derecho penal. La imputación ulterior al tipo objetivo”**. IDEMSA, Lima. 1997.
- JAKOBS Günther. **“La imputación objetiva en derecho pena”**. Buenos Aires. 1996.

- Abanto Vasquez, Manuel A. **“La imputación objetiva en el derecho penal. Nociones preliminares”**. Lima-Perú, Idemsa. 1997.
- Maya Sanchez, Eva María. **“Delitos Culposos y Dolosos”**. Internet. <https://uaemchalco.wordpress.com/2013/11/18/delitos-culposos-y-dolosos-por-maya-sanchez-eva-maria/>. Acceso: 24 febrero 2015.
- Gavillan. **“Delito Culposo y El Deber Objetivo de Cuidado”**. Internet. <http://gavillan5.blogspot.com/2006/08/delito-culposo-y-el-deber-objetivo-de.html>. Acceso: 24 febrero 2015.
- Zambrano Pasquel, Alfonso. **“Deber Objetivo de Cuidado: Análisis Jurídico del Art. 146 del COIP”**. Editorial. Derecho Ecuador Revista Jurídica (24 de febrero de 2014). Internet. <http://www.derechoecuador.com/articulos/detalle/archive/doctrinas/derechopenal/2014/02/24/deber-objetivo-de-cuidado--analisis-juridico-del-art--146-del-coip>. Acceso: 24 febrero 2015.
- Código Orgánico Integral Penal. Internet. http://www.justicia.gob.ec/wp-content/uploads/2014/05/c%C3%B3digo_org%C3%A1nico_integral_penal_-_coip_ed._sdn-mjdhc.pdf. Acceso: 25 febrero 2015
- Gómez de la Torre y otros. **“Lecciones de derecho penal. Parte General”**. Segunda Edición. Editorial Praxis, S.A., Barcelona 1999
- Meza, María de los Angeles y Cubides Moreno, Olga. **“La violación al deber objetivo de cuidado en el acto ginecobstétrico”**. Internet. http://www.alfonsozambrano.com/doctrina_penal/22122013/dp-violacion_deber_cuidado.pdf. Acceso: 5 marzo 2015
- Fernández Cruz, José Ángel. **“EL DELITO IMPRUDENTE: LA DETERMINACIÓN DE LA DILIGENCIA DEBIDA EN EL SENO DE LAS ORGANIZACIONES”**. Rev. derecho (Valdivia), dic. 2002, vol.13
- Ley Orgánica de la Salud. Internet. <http://www.controlsanitario.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2014/04/LEY-ORGANICA-DE-SALUD1.pdf>. Acceso: 6 diciembre 2015